X

# SEMINÁRIO INTERNACIONAL HISPANO-LUSO-BRASILEIRO SOBRE ESTADO DE DIREITO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

# X Seminário internacional hispano-luso-brasileiro sobre estado de direito, direitos fundamentais e políticas públicas


COORDENAÇÃO CIENTÍFICA

Carlos I. Aymerich Cano

Rogério Gesta Leal

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Alberta Lorenzo Aspres

REVISÃO

Alessandra Aparecida Souza Silveira

PERSOAS AUTORAS

Alessandra Aparecida Souza Silveira; Alexandre Veronese; Ana Beatriz Contins Carcau; Ana Lara Cândido Becker de Carvalho; Andrea Baneira Suárez; Beatriz Magalhães Sousa; Betieli da Rosa Sauzem Machado; Camila Lopes Martins; Carlos I. Aymerich Cano; Caroline Müller Bitencourt; Fabiana Marion Spengler; Francisco Javier Sanz Larruga; Inmaculada Valeije Álvarez; Jaime F. Rodríguez-Arana Muñoz; Janriê Rodrigues Reck; Joana Covelo de Abreu; João Pedro Sousa; Joaquim Freitas da Rocha; José Antonio Blanco Moa; Júlia Carolina Budde; Luz María Puente Aba; Maira Carolina Petry; Maria Cardoso Tenreiro; Mariana Ferreira Vaz da Silva Coelho; Mônia Clarissa Hennig Leal; Pedro Jacob Morais; Ricardo Hermany; Rogério Gesta Leal; Rosana Helena Maas; Suzéte da Silva Reis; Theodoro Luís Mallmann de Oliveira; Thyery Rossales Soares; Xosé Manuel Carril Vázquez.

UNIVERSIDADE DA CORUÑA. SERVIZO DE PUBLICACIÓNS

A Coruña, 2025 (1º edición)

Colección Cursos e Congresos, 168

544 páxinas

Índice: páx. 4

ISBN: 978-84-9749-912-5

DOI: < https://doi.org/10.17979/spudc.9788497499125 >

EDIÇÃO

Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, <https://udc.gal/publicacions>

DESEÑO

Capa / Colección: Juanjo Seijas

Maquetado: Alberta Lorenzo Aspres

Esta obra publícase baixo unha licenza Creative Commons Atribución-NonComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0).

# X SEMINÁRIO INTERNACIONAL HISPANO-LUSO-BRASILEIRO SOBRE ESTADO DE DIREITO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

*Coordenação Científica*

Carlos I. Aymerich Cano

Rogério Gesta Leal

*Coordenação Editorial*

Alberta Lorenzo Aspres

Financiado por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do Financiamento UID/05749/2020.
O centro de excelência Jean Monnet CitDig é financiado pelo programa Erasmus + (Project 101085242).

# SUMÁRIO

# SUMÁRIO


**008 APRESENTAÇÃO**

009 Apresentação
**Os coordenadores**

**010 CONFERÊNCIA DE ABERTURA**

011 Sobre la arbitrariedad y la motivación en Derecho Público
**Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**

**021 PAINÉIS**

022 O uso de ferramentas de monitoramento eletrônico de comunicações pessoais no processo penal e a ADPF 1143
**Rogério Gesta Leal**

054 Standards do Direito à saúde na Corte IDH: interconexões com a noção de discriminação estrutural e proteção de grupos vulneráveis
**Mônia Clarissa Hennig Leal e Rosana Helena Maas**

094 Omissões constitucionais no Brasil em matéria de políticas públicas: um tema sempre polêmico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
**Caroline Müller Bitencourt e Janriê Rodrigues Reck**

114 A necessidade de superação da invisibilidade da escravidão contemporânea para a proteção dos direitos difusos e coletivos
**Suzéte da Silva Reis**

128 Federalismo e governança multinível: autonomia e cooperação entre entes federados
**Ricardo Hermany**

144 Ameaças híbridas e anulação de eleições: o caso da Romênia
**Carlos I. Aymerich Cano**

158 Arbitraje internacional de inversiones y soberania de los estados: el caso de la Carta de la Energía
**José Antonio Blanco Moa**

169 La adopción de decisiones con inteligencia artificial en el ámbito penitenciario: breve reflexión desde la perspectiva del derecho de defensa
**Luz María Puente Aba**

183 O papel da Carta Social Europea na loita contra o cambio climático
**Andrea Baneira Suárez**

197 Políticas públicas discriminatórias: tratamiento policial y penal de menores y jóvenes en las bandas juveniles
**Inmaculada Valeije Álvarez**

218 Dilemas e perspetivas da moderação de conteúdos enquanto elemento constitutivo da liberdade de expressão online
**Alessandra Aparecida Souza Silveira e Alexandre Veronese**

235 Cristo com carabina ao ombro: pluralismo dos media e desinformação
**Pedro Jacob Morais**

245 Os golpes sujos que a Carta Social Europeia recebe da União Europeia
**Xosé Manuel Carril Vázquez**

274 O controlo judicial das políticas públicas no ordenamento jurídico-constitucional português (perspetiva normativista)
**Joaquin Freitas da Rocha**

292 Pluralismo dos media e as liberdades de expressão e de informação ao serviço de uma sustentabilidade social: breves considerações sobre o quadro financeiro e legislativo aplicável na União Europeia
**Joana Covelo de Abreu**

316 Ecosistemas marinos y costeros en el Reglamento de la Unión Europea sobre restauración de la Naturaleza de 2024: una perspectiva jurídica
**Francisco Javier Sanz Larruga**

341 TESES E ANTÍTESES

342 Políticas públicas gaúchas de busca e localização de crianças e adolescentes desaparecidos à luz do Direito Fundamental Social à Segurança Pública (2018-2024)
**Rogério Gesta Leal e Ana Lara Cândido Becker de Carvalho**

360 Análise da discriminação algorítmica na Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira e no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Europeu em face dos critérios de especial proteção a grupos vítimas de discriminação estrutural desenvolvidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos
**Mônia Clarissa Hennig Leal e Camila Lopes Martins**

378 A proteção do direito à saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos
**Maira Carolina Petry e Rosana Helena Maas**

392 O controle de políticas públicas educacionais pelo Tribunal de Contas da União no contexto da governança multinível
**Betieli da Rosa Sauzem Machado e Ricardo Hermany**

411 Políticas migratória dos EUA pós-Donald Trump (2025), policiamento comunitário & Agenda 2030: do adequado encaminhamento dos cidadãos potencialmente deportados sob o prisma da dignidade humana
**Theodoro Luís Mallmann de Oliveira**

421 O projeto de extensão em mediação da Universidade de Santa Cruz do Sul enquanto mecanismo concretizador de acesso à justiça
**Fabiana Marion Spengler e Thyery Rossales Soares**

439 Entre a discriminação estrutural e o constitucionalismo transformador: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os direitos dos grupos vulneráveis
**Mônia Clarissa Hennig Leal e Júlia Carolina Budde**

455 O desafio dos slapps: a interação entre tribunais nacionais e o Direito Europeu à luz da Diretiva (EU) 2024/1069
**Ana Beatriz Contins Carcau**

470 Deepfakes políticos: a ascensão da desinformação e a democracia em perigo
**Beatriz Magalhães Sousa**

491 A resposta da União Europeia ao cibercrime: harmonização das sanções e proteção da cidadania digital
**João Pedro Sousa**

512 A compatibilidade da resolução alternativa de litígios com a tutela jurisdicional efetiva
**María Cardoso Tenreiro**

525 A exploração de conteúdo pornográfico não consentido: uma análise ética, jurídica e concorrencial
**Mariana Ferreira Vaz da Silva Coelho**

# APRESENTAÇÃO

# APRESENTAÇÃO

Os coordenadores

Este livro recolhe os relatórios e comunicações apresentadas ao X SEMINÁRIO INTERNACIONAL HISPANO-LUSO-BRASILEIRO SOBRE ESTADO DE DIREITO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS, co-organizado pela Universidade de Santa Cruz do Sul, a Universidade do Minho e a Universidade da Coruña, e celebrado entre os dias 5 e 9 de maio de 2025 na Corunha e em Braga.

Mais um fruto de uma colaboração que se extende já por mais de dez anos e que constitui um espaço académico único de encontro, de discussão e de construção de novos projetos docentes e de pesquisa entre as nossas instituições facilitado pela língua comum que, em todas as suas variantes, falamos nas duas beiras do Minho e do Atlântico.

No capítulo de agradecimentos, é de justiça reconhecer que o Seminário foi possível um ano mais graças ao empenho de muitas professoras e professores das nossas três universidades e, no caso concreto da Corunha, a uma ajuda económica para encontros de pesquisa concedida pela Vicerreitoria de Investigación e Transferencia. E deve ser destacado também que o livro, publicado pelo Serviço de Publicações da Universidade da Coruña, foi editado magnificamente por Alberta Lorenzo Aspres, colaboradora contratada do Grupo de Pesquisa de Direito Público Global.

# CONFERÊNCIA DE ABERTURA

# SOBRE LA ARBITRARIEDAD Y LA MOTIVACIÓN EN DERECHO PÚBLICO

Jaime F. Rodríguez-Arana Muñoz[1]

La Constitución, como sabemos, proscribe la arbitrariedad, establece como principio en su artículo 9.3 la interdicción de la arbitrariedad. La Administración, debe actuar al servicio objetivo del interés general, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, dispone el 103.1. Por tanto, las decisiones arbitrarias, aquellas carentes de la más mínima y elemental motivación deben ser declaradas nulas, expulsándose del Ordenamiento jurídico.

La motivación es el correlato, la otra cara de la moneda de la discrecionalidad. Si la discrecionalidad no se motiva, entramos en el proceloso mundo de la arbitrariedad. Y en el caso presente, al deber de motivar la denegación de la solicitud de la autorización le sigue un ejercicio intelectual y de raciocinio que permita conocer las razones reales de la denegación de la autorización solicitada.

En un Estado de Derecho, la exigencia de objetividad que la propia Constitución española impone a la actuación de la Administración debe plasmarse en todas sus manifestaciones de voluntad. Como los actos administrativos son la principal

[1] Catedrático - Director del Grupo de Investigación de 'Derecho Público Global' de la Universidade da Coruña (UDC). Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA). Página web: https://rodriguezarana.com/. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9641-5419. Dialnet: https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=108663. E-mail: jaime.rodriguez-arana.munoz@udc.es.

expresión de la voluntad administrativa, en ellos deberá aparecer de alguna manera el sello de la objetividad, cuya forma más sencilla es incorporar en su exteriorización los argumentos en los que se ha basado la Administración para dictar el acto administrativo en cuestión. Como ha precisado el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de junio de 1982:

> *La motivación es necesaria para el debido conocimiento de los interesados y para la posible defensa de sus derechos, y debe darse con la amplitud necesaria para tal fin, pues solo expresando las razones que justifiquen la decisión, puede el interesado después alegar cuanto le convenga para su defensa, sin sufrir la manifiesta indefensión que proscribe el artículo 24.1 de la Constitución, también extensivo a las resoluciones administrativas.*

Más adelante, el propio Tribunal Constitucional, en sentencia 14/1991, dispuso que la motivación de los actos discrecionales garantiza que se ha actuado racionalmente y no arbitrariamente y permite un adecuado control de los actos discrecionales, exigiéndose una motivación suficiente, que al menos, exprese apoyo en razones que faciliten conocer cuáles han sido los criterios fundamentales de la decisión.

La motivación es una clara manifestación de la objetividad a la que está condicionada la acción administrativa precisamente por el sentido racional del servicio al interés general que debe expresar toda manifestación del poder público. Desde una perspectiva amplia, el artículo 103 de la Constitución, al mandar que la actividad administrativa refleje siempre el servicio objetivo al interés general, está obligando, insistimos, a que todos los actos administrativos sean un exponente de ese servicio objetivo al interés general. Y si así debe ser entonces resulta que la motivación, así considerada, ha de ser una característica propia que distinga a los actos administrativos de otras categorías jurídicas.

La motivación no es pura formalidad, no es fórmula de estilo, ni cubrir el expediente. La motivación es una actividad jurídica que expresa el compromiso de una Administración pública, y de sus agentes, por elaborar y confeccionar actos administrativos en el marco del Estado de Derecho. Con razón se ha dicho

que la temperatura democrática de una Administración pública se mide, entre otros factores, por el grado de calidad de la motivación de los actos administrativos. En efecto, cuando se cuida la motivación, cuando los funcionarios encargados de tal tarea han asumido la relevancia y trascendencia de su labor, se puede decir que nos encontramos ante una Administración que intenta servir objetivamente el interés general. La objetividad, característica constitucional de la actuación administrativa, se satisface a partir de la racionalidad. Por eso, el Tribunal Supremo, en una sentencia de 10 de marzo de 2004 dice que la motivación, como ingrediente formal del acto administrativo, se cumple si del contenido del acto se deducen las razones determinantes de lo resuelto en el mismo.

Desde una perspectiva más general, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2005 señala que la motivación refuerza los principios de objetividad y transparencia de la actuación administrativa y se posibilita una plena tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. La motivación implica, pues, objetividad y efectividad de la tutela judicial. En el mismo sentido se pronunció el propio Tribunal Supremo a través de una sentencia de 29 de noviembre de 2006 al establecer que la motivación tiene por finalidad que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. La motivación, pues, continua esta sentencia, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados en el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución española y, también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el artículo 24.2 constitucional, sino también por el artículo 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Además, esta resolución judicial, con buen criterio, recuerda que la obligación de motivar es consecuencia también del derecho a una buena administración proclamado en el artículo 41 del Tratado de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuando dispone que forma parte de tal derecho fundamental de la persona la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

En efecto, la motivación es, también una garantía de los derechos de los particulares, que así podrán conocer las razones que han impulsado a la Administración pública a resolver en una determinada dirección y no en otra. La ausencia de motivación, cuando es preceptiva legalmente, puede entenderse como un vicio merecedor de nulidad de pleno derecho, pues provoca indefensión y se conculca así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, en aplicación del artículo 471.a) de la Ley 39/2025 de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

Si se considera que la motivación no es más que un requisito formal de los actos administrativos en los que legalmente sea procedente, entonces su ausencia o deficiente formulación es merecedora de la sanción de la anulabilidad, nulidad relativa o, en todo caso, constitutiva de irregularidad no invalidante. El deslinde de ambos conceptos, como señala una sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1988, se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si por tanto se ha producido o no la indefensión del administrado. Ahora bien, si admitimos que estamos ante una cuestión material, de fondo, y se produce una lesión de derechos fundamentales como es el caso, entonces estamos en el caso de nulidad de pleno derecho del citado artículo 47 de la Ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

Incluso el Tribunal Supremo entiende, superando la posición formalista, sentencia de 20 de noviembre de 1998, que la omisión de la motivación *puede generar la indefensión prohibida por el artículo 24.1 de la Constitución*. Para esta sentencia, la motivación no es un requisito formal, sino:

> *(…) que lo es de fondo, (…) porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, necesarios para que la jurisdicción contencioso administrativa pueda controlar la actividad de la Administración.*

El argumento fundamental para considerar que la motivación no es sólo un requisito formal reside en que la principal nota que la Constitución atribuye a la Administración es la del servicio objetivo al interés general. Y en esta tarea la

motivación de los actos es sencillamente esencial para tal servicio objetivo al interés general.

Si la motivación se hace directamente, en el cuerpo del acto, no apud acta, habrá de realizarse *con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*, según dispone el primer parágrafo del artículo 35 de la Ley de 2015. El Tribunal Supremo, por sentencia de 10 de marzo de 2003, entiende que:

> *(…) la motivación no significa un reconocimiento exhaustivo y detallado, pero tampoco una formula convencional ni meramente ritual, sino la especificación de la causa, esto es, la adecuación del acto al fin perseguido; por ello, para cumplir este requisito formal se precisa la fijación de los hechos determinantes, su subsunción en la norma y una especificación sucinta de las razones por las que éste se deduce y resulte adecuada la resolución.*

Es decir, en la motivación, de manera sucinta hay que desvelar las razones que en virtud de los hechos concretos han aconsejado al órgano administrativo resolver en determinado sentido. La comunicación de la causa del acto, la explicación de las razones en relación con los hechos, es la principal tarea que ha de ocupar al autor de la motivación. Sin embargo, en la Resolución de 2 de enero de 2025, más allá de un acuerdo político, ninguna motivación.

La expresión «sucinta referencia a los hechos y fundamentos de derecho», dice el Tribunal Supremo en una sentencia de 5 de mayo de 1999, no permite a la Administración reducir el alcance de la motivación a:

> *(…) una genérica remisión al contenido de preceptos legales porque esa circunstancia no evita la indefensión del solicitante, que no puede llegar a conocer la razón cabal de la negativa, ni consiguientemente, argumentar con eficacia la impugnación de esa denegación.*

Lo que es pertinente para cumplir con el sentido del parágrafo primero del artículo 35 de la Ley de 2015 es, como también ha señalado el Tribunal Supremo, *dar razón plena del proceso lógico y jurídico que determina la decisión* (sentencia de 15 de febrero de 1991). Y para ello no es menester una extensión amplia,

sino la adecuada para cumplir con el fin de la motivación. En este sentido, como también ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de enero de 1998 que:

> *(…) la suficiencia de la motivación viene determinada por un punto de referencia obligado, cual es la mayor o menor necesidad de un razonamiento más extenso o conciso, según las circunstancias que hayan de explicarse y las fundamentaciones que se precisen.*

La motivación, como ha señalado atinadamente el Tribunal Supremo, es una exigencia constitucional que trae causa de los artículos 9, que sanciona el principio de sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico así como la prohibición de la arbitrariedad, 103, que reclama el servicio objetivo al interés general así como el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho, y al artículo 23.2 que dispone el principio de acceso en condiciones de igualdad a la función administrativa. Así, la sentencia de 29 de septiembre de 1988, señala que:

> *(…) cuando se dice que la discrecionalidad no es arbitrariedad se está diciendo precisamente, entre otras cosas, que incluso las llamadas decisiones discrecionales –y ninguna decisión lo es de manera total– han de ser motivadas. Lo contrario chocaría con preceptos de rango constitucional como los siguientes: artículo 9.1 - sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico; artículo 9.3 - interdicción de la arbitrariedad; artículo 103 - sujeción plena a la ley, y, además, al derecho que es previa a aquélla.*

Efectivamente, si convenimos, como decía Locke, que la arbitrariedad es la ausencia de racionalidad, todos los actos del poder ejecutivo y de la Administración han de ser racionales. Por ello, también desde esta perspectiva más abstracta puede afirmarse que la exigencia de motivación es inherente a la propia esencia y razón de ser de la Administración pública.

El marco constitucional de la motivación de los actos administrativos, que es claro y no frece duda alguna, refleja hasta qué punto nos hallamos ante una

obligación constitucional de la Administración conectada a su propia esencia y justificación institucional. El citado artículo 103.1, al exigir la actuación de la Administración pública al servicio objetivo del interés general, está disponiendo claramente que la objetividad, esto es, la racionalidad, debe ser nota distintiva de la actuación administrativa, sea ésta por acto o por contrato. La Administración, sea cual sea su forma de expresión siempre y en todo caso ha de atender a la objetividad. De lo contrario, si nos situamos en esquemas de subjetividad, de arbitrariedad, estaríamos violando nada menos que uno de los principios fundantes del Estado de Derecho. Desde otro punto de vista, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1990 llega a la misma conclusión al señalar que:

> *(…) las exigencias efectivas del Estado de Derecho han determinado el alumbramiento de técnicas que permiten el control judicial de la Administración (artículo 106, CE).*

Control judicial que a tenor de lo que establece este artículo constitucional, se proyecta más allá del control jurídico de la actividad administrativa al incluir el sometimiento de la propia Administración a los fines que la justifican. Como los fines que la justifican son fines de interés general y el interés general ha de gestionarse de forma objetiva, resulta que el Estado de Derecho reclama de la función administrativa una acción racional, objetiva, congruente con los fines de interés general que debe servir. Algo que en el caso de autos se desconoce completamente.

El alcance de la motivación, como dispone la sentencia anterior,

> *(…) debe realizarse con la amplitud necesaria para su debido conocimiento y posterior defensa, con lo que la motivación del acto se conecta con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa.*

Es decir, la motivación en cuanto exteriorización de los argumentos racionales del acto permite una mejor defensa del destinatario del acto encaminada, si es que el acto lesiona su posición jurídica, a recurrirlo sea en vía administrativa, sea

en vía judicial. De esta manera, si es que impide el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho se defensa, se está lesionando un derecho fundamental de los que dan lugar, por mandato del artículo 62.1.a) a la nulidad absoluta, a la nulidad de pleno derecho. La perspectiva de la tutela judicial efectiva es tan importante como que afecta a un derecho fundamental de la persona.

Sin embargo, la razón constitucional de la motivación reside en la exigencia de objetividad que ha de tener cualquier manifestación de voluntad de la Administración. Lógicamente, si tal objetividad acompaña a las actuaciones administrativas, entonces será más fácil, si se da el caso, impugnar o recurrir dicho acto porque las razones de su confección permiten la reacción jurídica en su contra.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2000 ofrece una buena definición de motivación:

> *El Ordenamiento jurídico viene exigiendo la motivación con relación a ciertos actos haciendo consistir aquélla en la necesidad de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que los justifican y fundamentan con las finalidades de permitir el control indirecto de la opinión pública, para que no aparezca el acto como manifestación voluntarista de un órgano sin otro apoyo que el ilegítimo de una simple decisión autoritaria e injustificada, de permitir el control jurisdiccional de dichos actos en los que la motivación es valiosísimo elemento para determinar si se ajusta o no a derecho, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta, al margen de constituir, la motivación, el ejercicio de una elegante cortesía siempre deseable.*

De acuerdo con el artículo 35 de la ley de procedimiento común de las Administraciones públicas de 2015, la motivación consiste en una operación de comunicación de los argumentos de hecho y de los fundamentos derecho en que se funda un determinado acto administrativo.

Es decir, como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de noviembre de 1999, la motivación consiste en:

> *(…) la necesidad de hacer públicas las razones de hecho y de derecho que los justifican y los fundamentan con las finalidades de permitir el control indirecto de la opinión pública, para que no aparezca el acto como manifestación voluntarista de un órgano sin otro apoyo que el ilegítimo de una simple decisión autoritaria e injustificada, de permitir el control jurisdiccional de dichos actos en los que la motivación es valiosísimo elemento para determinar si se ajusta o no a Derecho, y de dar a conocer a sus destinatarios las razones en que aquéllos se asientan, único modo de que puedan decidir sobre la pertinencia o impertinencia de de su impugnación y sobre los fundamentos de ésta, al margen de constituir, la motivación, el ejercicio de una elegante cortesía siempre deseable.*

Es verdad que el artículo 35 de la Ley citada sólo exige la motivación para una serie de actos. En primer lugar, han de ser motivados *los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos*. La razón es obvia puesto que estamos ante actos administrativos desfavorables para los ciudadanos.

Como han señalado González Pérez y González Navarro, la motivación se exige, en este supuesto, a todo acto administrativo que suponga una limitación a la actividad del administrado que no estuviera prohibida o que estuviera condicionada a la adopción del acto. Se trata de motivación de actos que limiten derechos subjetivos, no de actos delimitadores, tal y como ha entendido la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1999.

En segundo lugar, nos encontramos con los actos que se separan del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. La exigencia legal de motivación en estos casos no reclama demasiados comentarios, ya que en estos supuestos en los que la decisión administrativa se aparta del precedente o desconoce los informes de órganos consultivos, el esfuerzo de racionalidad debe ser mayor para explicar el sentido de dicho acto administrativo. El valor jurídico del precedente administrativo es

extraordinariamente importante porque la tarea administrativa es una tarea reiterada, conocida por los ciudadanos y, desde este punto de vista, previsible. En determinados casos, si concurren ciertas circunstancias, se actúa siempre en el mismo sentido. Si, repentinamente, en estos supuestos, se quiebra la confianza legítima, la buena fe de los ciudadanos en la racionalidad de la Administración sin explicación, entramos de lleno en el proceloso mundo de la arbitrariedad y la subjetividad que, como sabemos, se encuentran en las antípodas del Estado de Derecho.

# PAINÉIS

# O USO DE FERRAMENTAS DE MONITORAMENTO ELETRÔNICO DE COMUNICAÇÕES PESSOAIS NO PROCESSO PENAL E A ADPF 1143

Rogério Gesta Leal[1]

## 0. Resumo

O tema da criminalidade física e virtual, em termos globais, tem ocupado a agenda de governos e Estados os mais diversos, nomeadamente em busca de políticas públicas preventivas e curativas para o seu enfrentamento. Uma das evidências disto, no Brasil, pode ser encontrada no debate jurisdicional que se encontra no âmago da ADPF nº1143, que tramita no Supremo Tribunal Federal-STF, visando reconhecer a omissão do Congresso Nacional por não regulamentar o uso de ferramentas de monitoramento intrusivo e secreto de aparelhos de comunicação pessoal (celulares, tablets) por órgãos e agentes públicos à investigação policial e persecução penal, constituindo este, pois, o centro neural deste trabalho. A hipótese que vamos sustentar é a de que o STF pode, em sede de ADPF, estabelecer regras provisórias para proteger direitos fundamentais à intimidade, privacidade e inviolabilidade do sigilo destas comunicações (e de dados), até o surgimento de regulação própria pelo Parlamento, todavia, observando determinadas premissas constitutivas.

[1] Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e FMP, na graduação, mestrado e doutorado em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

## 1. Notas introdutórias

Assim como na realidade física, também no mundo virtual tem surgido inéditas formas de lesões a interesses privados e públicos, desde o terrorismo, a pedofilia, o bullying, piratarias, racismos, xenofobias, furtos, dentre outros. Isto tem se alastrado tanto que os órgãos de segurança pública e privada em todo o mundo tem desenvolvido estratégias e treinamento para o seu enfrentamento, a despeito de que a legislação no ponto ainda seja deficitária, nomeadamente no Brasil.

Por conta disto, a Procuradoria Geral da República - PGR impetrou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão –ADO, de nº84– em seguida convertida na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental –ADPF nº1143, pelo relator Min. Cristiano Zanin–, postulando que (i) o Supremo Tribunal Federal-STF reconhecesse a omissão do Congresso Nacional por não regulamentar o uso de ferramentas de monitoramento intrusivo e secreto de aparelhos de comunicação pessoal (celulares, tablets) por órgãos e agentes públicos; e que (ii) esta Corte estabelecesse regras provisórias para proteger direitos fundamentais à intimidade, privacidade e inviolabilidade do sigilo destas comunicações, e de dados, até o surgimento de regulação própria pelo Parlamento.

E é sobre estes temas que pretendemos trabalhar no presente texto, nomeadamente avaliando em que medida se faz necessária legislação tópica da matéria a ser constituída pelo Congresso Nacional, e a partir de que premissas teóricas e pragmáticas isto deve ocorrer, inclusive pela via judicial, em sede de controle do STF nesta ADPF.

Vamos sustentar que marcos regulatórios são importantes na espécie, todavia, a partir do reconhecimento dos objetivos e desafios que a realidade do mundo da vida –física e virtual– nos impõem, levando em conta a experiência já consolidada pelos tribunais no particular.

Para tanto, vamos desenvolver nossos argumentos a partir dos seguintes percursos de abordagem: (i) aspectos multifacetados da criminalidade

contemporânea e os desafios para seu enfrentamento; (ii) criminalidade e investigação no Brasil; (iii) notas conclusivas.

## 2. Aspectos multifacetados da criminalidade contemporânea e os desafios para seu enfrentamento

O argumento central da ação proposta pelo Ministério Público Federal é o de que o Congresso Nacional omitiu-se parcialmente em dar efetividade plena e conferir proteção eficaz aos ditames do art.5º, X e XII, da Constituição Federal de 1988 - CF/88, condizentes à inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, e do sigilo de suas correspondências e comunicações, salvo nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A despeito dos avanços da Lei nº9.296/1996 (que autorizou, mediante critérios, medida judicial de interceptação do fluxo de comunicações telefônicas e em sistemas de informática e telemática, no curso de investigação criminal e instrução processual penal); Lei nº12.965/2014 (Marco Civil da Internet - MCI, protegendo os mesmos bens jurídicos); e Lei nº13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, tutelando da mesma forma tais bens, mas ressalvando o tratamento de dados pessoais para fins de segurança pública, de defesa nacional, de segurança do Estado, de investigação e de repressão a infrações penais), ainda há que se avançar na regulação normativa dos temas elencados pela ADPF sob comento, nomeadamente porque esta ultima disposição restou dependente de legislação suplementar especial, até agora não editada.[2]

Daí porque a PGR pretende ver reconhecida a omissão parcial do Congresso Nacional no que tange:

[2] Nos termos do art.4º, §1º, da LGPD, devendo prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos em lei.

> *(...) à edição de norma regulamentadora do uso, por órgãos e agentes públicos, de programas de intrusão virtual e de ferramentas de monitoramento secreto e invasivo de aparelhos digitais de comunicação pessoal –smartphones, tablets e dispositivos eletrônicos similares– para dar efetividade aos mandamentos constitucionais de proteção estatal da intimidade e da vida privada, e de inviolabilidade do sigilo das comunicações pessoais e de dados.*[3]

Cumpre reconhecer, de pronto, que os fenômenos criminais hoje encontram-se marcados por níveis de tensionalidades e complexidades os mais diversos, tanto no âmbito físico como virtual, ameaçando a segurança de nações inteiras (terrorismo, tráfico drogas, de armas, pessoas e órgãos), alcançando inclusive o Mercado –físico e virtual–, provocando danos individuais e coletivos, drenando recursos financeiros de consumidores menos avisados e atentos[4]; a própria representação política e as eleições são atingidas[5] –direta ou indiretamente– por comportamentos de duvidosa licitude.

O problema é que a cena do crime muda constantemente no ambiente virtual, e por isto, para cada tipo de crime que envolva recursos eletrônicos, medidas diferentes precisam ser implementadas para que se consiga reunir provas as mais amplas possíveis, nomeadamente digitais, sendo que os princípios básicos que se aplicam a delitos tradicionais também se aplicam a casos de crimes

---

[3] Inicial da PGR na ADPF nº1143, p.23.

[4] Lembremos do vírus trojan Zeus, criado em 2007 para roubar informações financeiras e bancárias de pessoas físicas e jurídicas, já tendo atingindo milhões de vítimas, já que: *Identity thieves are stealing personal information that is stored on computers and are using this information to obtain credit cards and other loans, buy houses and other valuable property, and even file for bankruptcy in the victim's name. Identity fraud burdens victims with debts that can take years and substantial resources to clear from their name*. Conforme nos informa a matéria publicada em: https://www-crowdstrike-com.translate.goog/en-us/cybersecurity-101/malware/
zeus-malware/. Último acesso em: 10/03/2025.

[5] Ver o instigante texto: LIPTON, Eric; SANGER, David E.; SHANEDEC, Scot (2016). The Perfect Weapon: how russian cyberpower invaded the U.S. *The New York Times*, edição de 13/12/2016. Disponível em: https://www.nytimes.com/2016/12/13/us/politics/russia-hack-election-dnc.html. Último acesso em: 21/11/2017.

virtuais, o que implica a necessidade de as evidências serem sólidas e precisas, tudo passível de documentação, para que possam ser aceitas no tribunal.

Se pensarmos, por exemplo, nos crimes que envolvem o uso de redes de computadores, alcançando enorme quantidade de dados a serem coletados e examinados, isto requer habilidades técnicas para que sejam corretamente manuseados e, ao mesmo tempo, cuidando para tutelar, o máximo possível, direitos fundamentais de eventuais envolvidos –pessoas físicas e jurídicas–, principalmente no que tange à privacidade, intimidade, honra, imagem, etc.

A capacidade de usar tecnologias avançadas, como algoritmos de criptografia, para ocultar atividades criminosas, encontram ofertas as mais diversas em variados mercados ilícitos (*deep web* e *dark web*), sendo imperioso que os órgãos de segurança pública tenham mecanismos e protocolos de investigação e responsabilização a altura. Daí porque o avanço de novas modalidades de ciência e conhecimento, como a computação forense, as quais tem auxiliado o Estado a lidar com inúmeros crimes através do uso de habilidades técnicas que permitem analisar dados e evidências relacionados aos delitos praticados.6

Nestes tempos sombrios –e a partir da WEB– pessoas aliciam crianças, arregimentam fundamentalistas religiosos, racistas, fomentam o preconceito étnico e de gênero, divulgam propagandas de ódio e violência, alimentam os extremismos políticos e ideológicos, compram e vendem o que pudermos imaginar, roubam dados de pessoas físicas e jurídicas, e os utilizam no Mercado formal e informal. Como nos mostra Casey:

> *With this integration or eversion of cyberspace comes an increase in the realness of virtual events. Bullying in high schools and hate crimes in universities have moved into cyberspace, amplifying these harmful behaviors by delivering virtual blows anytime, anywhere. In January 2010, 15-year-old Pheobe Prince committed suicide as a result of cyberbullying (see Chapter 1). In September 2010, Rutgers student Tyler Clementi committed suicide after his roommate secretly set up a*

[6] Como nos mostra CASEY, Eoghan (2021). *Digital evidence and computer crime*. New York: Elsevier.

*Webcam in their dorm room to stream video of Clementi making out with another man.*[7]

O espaço virtual tem se constituído em arena privilegiada para o cometimento de crimes, pois o controle, visibilidade e transparência das ações que ali ocorrem são baixíssimas, podendo os delinquentes terem tempo maior para o planejamento e execução das suas artimanhas. Neste ponto, a investigação destes crimes, por operar com a lógica e práxis dos delitos físicos e tradicionais, por vezes, não tem instrumentos adequados; por vezes é engessada por procedimentos restringidos por Direitos Fundamentais Individuais (privacidade, intimidade, propriedade privada)[8].

Desde o acesso não autorizado a sistemas de dados através do chamado *hackeamento* (em sistemas privados, contornando medidas de segurança); o *superzaping* (que configura o uso não autorizado de utilitários que permitem o acesso a qualquer lugar virtual, por mais protegido que seja, viabilizando que se apague, copie, insira ou use os dados armazenados nele); o *scavengning* (que consiste na coleta de informações residuais, físicas, manuais, diagramas, notas de programação, ou lógicas, residuais, arquivos temporários, para conhecer as formas de acessar o sistema); o *salemislacing* (que é a retirada diária de pequenas quantias em milhares de contas), dentre outros[9], vivemos em épocas de profunda insegurança em nossas relações sociais e institucionais.

---

[7] Idem, p.24. O autor lembra que *cyberstalkers* usam a tecnologia de inúmeras maneiras para assediar vítimas, não apenas causando danos psicológicos, mas também colocando-as em risco de danos físicos. Há vários casos registrados nos EUA em que *cyberstalkers* postaram anúncios online encorajando outras pessoas na Internet a contatar vítimas para sexo, a ponto de algumas delas receberem visitas em suas casas.

[8] Ver o texto de COSTABILE, Gerardo (2005). Scena criminis, documento informatico e formazione della prova penale. *Ciberspazio e Diritto*. Disponível em: http://www.altalex.com/documents/news/2005/04/27/scena-criminis-documento-informatico-e-formazione-della-prova-penale, acesso em 21/11/2017. Lembra o autor que a internet representa uma zona franca porque tem condições de oferecer suficientes garantias de segurança e anominato, assim como apresenta dificuldades de ser alcançada por normas reguladoras eficientes.

[9] Como nos informa o trabalho de JOHNSON, David R.; POST, David (1996). Law and Borders - the rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, vol.48, núm.5, maio 1996, p.1369. Podemos citar aqui outros

Veja-se que, de igual sorte, os fluxos de dados transfronteiriços estão aumentando junto com o uso crescente de mídias sociais, webmail, serviços de mensagens e aplicativos para se comunicar, trabalhar, socializar e obter informações, inclusive para fins ilegais, razões pelas quais as possiblidades de responsabilização por violações de normas jurídicas neste particular depende de investigações sofisticadas, que contem com adequados mecanismos de obtenção de evidências eletrônicas que não estão disponíveis publicamente.

Consoante informe da Comunidade Europeia, mais da metade de todas as investigações criminais que ocorrem neste continente exigem acesso a evidências eletrônicas transfronteiriças, e em dois terços dessas investigações há necessidade de obter evidências de provedores de serviços online com sede em outra jurisdição. O número de solicitações aos principais provedores de serviços online cresceu 84% no período entre 2013 e 2018, e estes tipos de dados são essenciais em investigações criminais para identificar pessoas – físicas e jurídicas– ou obter informações sobre suas atividades[10].

Desde a Diretiva 95/466/CE[11], a Comunidade Europeia já exigia que os Estados-Membros assegurassem a tutela dos direitos e da liberdade da pessoa física, nomeadamente em face do tratamento de dados pessoais, enquanto que a

exemplos, como a transferência eletrônica de fundos, destruição ou inutilização de arquivos, modificação de programas, dados ou documentos eletrônicos, apreensão de arquivos ou programas ou descoberta de segredos industriais ou comerciais.

[10] EUROPEAN COMMISSION. *Recommendation for a Council Decision - authorizing the opening of negotiations in view of an agreement between the European Union and the United States of America on cross-border access to electronic evidence for judicial cooperation in criminal matters*. Brussels, 5.2.2019 - COM (2019) 70, p.02. Acesso: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52019PC0070, acesso em 10/02/2025. Refere o documento ainda que: *Electronic evidence refers to various types of data in electronic form that are relevant in investigating and prosecuting criminal offences, and are often stored on the servers of online service providers. This includes 'content data' such as e-mails, text messages, photographs and videos as well as 'non-content data', such as subscriber data or traffic information regarding an online account*.

[11] Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa ao tratamento de dados pessoais de pessoas físicas e a livre circulação desses dados.

Diretiva 97/66/CE[12], dando maior efetividade aos princípios enunciados pela Diretiva anterior, abordou este tema no âmbito das telecomunicações, posteriormente aperfeiçoada pela Diretiva 2002/58/CE[13], regulamentando o tratamento de dados pessoais e a proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas. Com base nesta ultima Diretiva, os provedores de rede e serviços, em relação aos dados de tráfego e dados de localização gerados pelo uso de serviços de comunicação eletrônica, devem eliminá-los ou torna-los anônimos quando não forem mais necessários para os fins de transmissão de comunicações, exceto os necessários para o faturamento ou pagamento da interligação[14].

Regulamentações posteriores, como a Diretiva 2006/24/CE, do Parlamento Europeu, e do Conselho de Europa (15/03/2006), tratando da conservação de dados gerados ou tratados no âmbito dos provedores de serviços de internet, posteriores aos ataques terroristas de Londres e Madrid, de 2005, implementaram situações amplas de monitoramento e vigilância social – nomeadamente virtuais–, evidenciando avanços e recuos nestes campos de privacidade e intimidade de pessoas físicas e jurídicas[15], e isto porque cada vez

[12] Diretiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das telecomunicações.

[13] Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12/07/2002.

[14] É preciso aclarar que esta legislação introduziu repartição de competências, pois no setor das comunicações eletrônicas, aplica-se a Directiva 95/46/CE, nomeadamente no que se refere a todos os aspectos relativos à proteção dos direitos e liberdades fundamentais não especificamente regulados pelas disposições da Directiva de 2002, incluindo as obrigações do responsável pelo tratamento e os direitos das pessoas singulares; enquanto que a Diretiva 95/46/CE, por outro lado, aplica-se aos serviços de comunicações não acessíveis ao público. Ver no ponto o texto de CAJANI, Francesco e COSTABILE, Gerardo (2021). *Gli accertamenti informatici nelle investigazioni penali: una prospettiva europea*. Roma: UAE/IISFA, pp.61-ss.

[15] Entre as mudanças introduzidas a partir destas novas normas, está a que estabelece que a Diretiva diz respeito exclusivamente aos dados gerados ou tratados como consequência de comunicação ou de um serviço de comunicação, e *não diz respeito aos dados que constituem o conteúdo da informação comunicada*, matéria, aliás, que nosso STF está discutindo neste momento (11/03/2025), no Tema nº977, que envolve a aferição da licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à

mais a Comunidade Europeia entende que, devido ao aumento significativo das possibilidades oferecidas pelas comunicações eletrônicas, os dados relativos à utilização destas últimas constituem ferramenta particularmente importante e válida na prevenção, investigação, detecção e repressão de crimes, em particular do crime organizado[16]. Por conta disto, o art.2º desta Diretiva apresenta conceitos alargados dos temas tratados:

> *Para efeitos da presente diretiva, aplicam-se as seguintes definições:*
> *(a) dados: dados de tráfego e dados de localização, bem como dados relacionados necessários para identificar o assinante ou usuário;*
> *(b) usuário: qualquer pessoa singular ou coletiva que utilize serviços de comunicações eletrônicas de acesso público, para fins privados ou profissionais, sem necessariamente subscrever esse serviço;*
> *(c) serviço telefônico: chamadas telefônicas (incluindo chamadas de voz, correio de voz, conferências e transmissão de dados), serviços suplementares (incluindo reencaminhamento e transferência de chamadas), serviços de mensagens e multimidia (incluindo serviços de mensagens curtas e serviços de multimidia avançados);*
> *(d) identificador de utilizador: identificador único atribuído a indivíduo quando subscreve ou regista serviço de acesso à Internet, ou serviços de comunicações pela Internet;*
> *(e) rótulo de localização: significa a identidade da célula de onde se origina chamada móvel, ou na qual termina;*
> *f) tentativa de chamada sem sucesso: chamada telefônica que foi*

conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime, cujo *leading case* é o Recurso Extraordinário com Agravo nº1042075/RJ, conforme informações no site da Corte: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977, acesso em 26/02/2025,

[16] Na Declaração sobre o combate ao terrorismo, adotada em 25 de março de 2004, o Conselho Europeu instruiu o Conselho a examinar medidas para estabelecer regras sobre a retenção de dados de tráfego de comunicações por provedores de serviços, como nos mostra o texto de BRENNER, Susan W. (2006). Cybercrime, cyberterrorism and cyberwarfare. *Revue Internationale de Droit Pénal,* vol.77, 2006/3, pp.453-471. Disponível em: https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2006-3-page-453.htm. Último acesso em 26/02/2025.

*completada com sucesso, mas não atendida, ou na qual houve intervenção da operadora de rede.*

A despeito disto, o art. 8º, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos - CEDH exige que a interferência de uma autoridade pública no direito à privacidade deve atender a critérios de necessidade e proporcionalidade, portanto, deve perseguir objetivos específicos, explícitos e legítimos, e ser exercida de maneira adequada, relevante, e não excessiva em relação ao objetivo buscado.

Na Alemanha, desde 2016, vige lei de reforma dos poderes investigativos da agência para a segurança externa do país (BND), que prevê a possibilidade de interceptar comunicações telemáticas da internet de estrangeiros para fins de prevenção de potenciais e indiciários atos de terrorismo, introduzindo no ordenamento jurídico discutível diferenciação entre cidadãos tedescos e estrangeiros.

A par disto, o Tribunal Constitucional Alemão, em sentença de 20/04/2016, decidiu que seriam *necessários rígidos escrutínios de proporcionalidade* à aplicação de várias disposições da lei federal sobre atividades de forças policiais –*Bundeskriminalamtgesetz - BKAG*–, que buscavam utilizar formas de vigilância oculta e o emprego de meios informáticos para adquirir dados remotos de investigados[17].

Já na decisão da Corte de Justiça da União Europeia, de 21/12/2016, conhecida como *Caso Tele2*, estabeleceu-se que os Estados membros não podem impor a fornecedores de serviços de comunicação eletrônica obrigação genérica e indiferenciada de conservação de dados relativos ao tráfego e à localização dos usuários, sem o consentimento destes. Autorizou a Corte, somente a título preventivo, a conservação destes elementos voltada exclusivamente ao

[17] BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (2016). *Headnotes to the Judgment of the First Senate of 20 April 2016*. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420_1bvr096609en.html. Último acesso em: 24/02/2025.

enfrentamento de graves fenômenos de criminalidade, limitando-se ao quanto necessário para os que detém a categoria de dados a conservar[18].

Todavia, estes documentos também se preocuparam com o tema da segurança pública e do Estado, fazendo com que permanecesse inalterado o equilíbrio existente entre o direito dos cidadãos à privacidade e a possibilidade de os Estados-Membros limitarem certos direitos e obrigações, nos termos do art.15, §1º, da Diretiva 2002/58/CE (e depois repetida em outras Diretivas sobre temas conexos), a fim de proteger a segurança pública, a segurança do Estado (incluindo o bem-estar econômico do Estado) e a aplicação da lei penal[19].

Por conta disto, a Corte de Cassação italiana já teve oportunidade de reconhecer significativas restrições de liberdades fundamentais para fins de investigação criminal, admitindo que instrumentos de captação e invasão (trojan) informática, veiculados por e-mail na forma de vírus, mensagens ou download de aplicações da rede, fossem instalados, de for- ma remota, em aparelhos múltiplos (celulares, tablets, pcs) de pessoas investigadas ou suspeitas, por setores de investigação oficiais e com autorização judicial, para fins de obtenção de provas sobre crimes tentados, em execução ou consumados[20].

---

[18] Ver a integra da decisão no site: https://privacyinternational.org/sites/default/files/2019-08/CELEX_62015CJ0203_EN_TXT.pdf. O Parlamento Europeu e o Conselho da Europa modificaram a Diretiva 2002/58/CE, através da Diretiva 2006/24/ CE, que agora versa sobre a conservação de dados gerados ou tratados no âmbito do fornecimento de serviços de comunicações eletrônicas acessíveis ao público ou de redes públicas de comunicação.

[19] Como nos diz ATERNO, Stefano (2021). Data retention: problematiche giuridiche e prospettive europee. Em CAJANI, Francesco; COSTABILE, Gerardo. *Gli accertamenti informatici nelle investigazioni penali: una prospettiva europea*. Roma: UAE/IISFA, p.58. *Di conseguenza la Direttiva del 2002 non pregiudica la facoltà degli Stati membri di effettuare intercettazioni legali di comunicazioni elettroniche o di prendere altre misure, se necessario, per ciascuno degli scopi indicati e conformemente ala Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tali misure devono essere appropriate, strettamente proporzionate allo scopo perseguito, necessarie in una società democratica ed essere soggette ad idonee garanzie conformemente alla precitata Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*.

[20] Idem, p.65.

Já em maio de 2021, a Corte Europeia dos Direitos Humanos – CEDH, com o julgamento do processo *Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom*, envolvendo Grã Bretanha e Irlanda do Norte, por conta de violação do art.34, da Convenção à Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, decidiu que foi ilegal a finalidade e a magnitude dos programas de investigações operados pelo governo do Reino Unido que realizaram invasões de privacidade e intimidade pelo monitoramento e captação de comunicações eletrônicas indiscriminadas de milhares de pessoas, em nome da segurança nacional[21].

Nos Estados Unidos da América – EUA, normas de segurança e privacidade de dados regulamentam o uso de determinados tipos de dados e setores, como saúde, finanças e telecomunicações, existindo, para tanto, regras federais[22] e estaduais[23]. Mas, em 2001, por conta do ataque as torres gêmeas, o governo George W. Bush aprovou o *U.S. Patriot Act*[24], ampliando de forma radical as possibilidades de investigação de todo o aparato de segurança pública do governo, com invasões de privacidade, intimidade, domicílios, propriedades, comunicações (físicas e virtuais) de toda a ordem, assim como detenções por meras suspeitas e remoções de pessoas para a prisão construída da base naval da baía de Guantánamo, em Cuba[25]. Neste período tornou-se comum sistemas de vigilância como o DCS-1000, conhecido como *Carnivore*, o qual era

[21] Acesso pelo site: https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-210077%22]}, em 24/02/2025.

[22] Em nível federal podemos referir o *Driver's Privacy Protection Act* (DPPA), protegendo dados pessoais de proprietários de veículos a motor (https://epic.org/dppa/); o Fair Credit Reporting Act (FCRA), protegendo dados coletados por agências de crédito e de informações médicas (https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statutes/fair-credit-reporting-act).

[23] Na Califórnia, por exemplo, há a norma *California Consumer Privacy Act*-CCPA (https://oag.ca.gov/privacy/ccpa), e em New York o *New York Stop Hacks and Improve Electronic Data Security*-NYSHIELD (https://ag.ny.gov/resources/organizations/data-breach-reporting/shield-act).

[24] Acesso pelo site: https://www.justice.gov/archive/ll/what_is_the_patriot_act.pdf, em 13/02/205.

[25] Ver o relatório *Army Regulation 15-6: Final Report, Investigation into FBI Allegations of Detainee Abuse at Guan- tánamo Bay, Cuba Detention Facility.* April 1, 2005, amended June 9, 2005. Acesso: https://www.law.berkeley.edu/files/IHRLC/Guantanamo_and_Its_Aftermath.pdf, em 17/02/2025.

disseminado na internet para gravar dados armazenados em recipientes lacrados no computador do provedor a partir de determinadas palavras-chave[26].

Lembremos das revelações feitas por Snowden sobre as políticas de vigilância secreta dos órgãos de segurança norte-americanos, como a *National Security Agency - NSA*, desenvolvendo, em nome da segurança nacional, operações globais de monitoramento de pessoas físicas e jurídicas através de programas como o PRISM (visando acessar comunicações através de provedores de internet)[27].

No mundo virtual inexistem fronteiras, e isto constitui característica muito atraente para quase todas as atividades criminais. Quando as autoridades tentam controla-las encontram muitas dificuldades, a começar pelo fato de que este novo mundo costuma ofertar facilidades e estímulos para a consecução de muitos comportamentos potencial ou efetivamente criminosos, como o anonimato e as ferramentas de comunicação em tempo real com criptografia de ponta a ponta (*signal, wickr, confide, telegram*). Ou seja, o segredo da autoria virtual –quando ocorre– revela-se como chave estratégica e oportunidade excelente à realização de atos delinquentes, ou dissimulados, utilizando-se, por vezes, de formas jurídicas aparentemente lícitas (principalmente empresas de fachada que só existem para a prática de crimes).

Para complicar mais estes cenários, temos alguns outros níveis de circulação de dados virtuais complexos e de difícil investigação, como os chamados *deep web* e *dark web*; o primeiro, identificado como a parte da rede cujo conteúdo não está disponível ou indexado nos principais mecanismos de pesquisa (google, bing,

---

[26] Ver a matéria publicada em: https://archive.epic.org/privacy/carnivore/foia_documents.html, acesso em 13/02/20225.

[27] SNOWDEN, Edward (2019). *Permanent Record*. New York: Metropolitan Books, p.39. Na ADPF sob análise a PGR postula a regulação também do uso e controle das seguintes ferramentas de invasão da privacidade e intimidade: *1) spywares, como o Pegasus do NSO Group, que intercepta dados ao infectar um dos dispositivos envolvidos na comunicação; 2) Imsi Catchers, como o Pixcell (NSO Group) e o GI2 (Cognyte/Verint), que simulam estações rádio-base capturando dispositivos próximos; 3) dispositivos que rastreiam a localização de um alvo específico através da rede celular, como o First Mile (Cognyte/Verint) e o Landmark (NSO Group)*.

yahoo), sendo formada por milhões de páginas, com dimensão inimaginável e crescimento similar ao da Internet Visível. Já a *dark web* refere-se as páginas não indexadas, que não seguem as regras do ICANN e não possuem nomes registrados no serviço de DNS.

> *Essas páginas só podem ser acessadas com softwares específicos para navegação em ambientes criptografados e anônimos, como TOR, Invisible Internet Project (i2p) e FreeNet* [28].

A despeito disto e o progressivo agravamento de recorrências em tais casos, há ainda vazios normativos muito impactantes para estes temas, nomeadamente no que tange à persecução penal (objeto da ADPF sob comento), seja pelo seu ineditismo e a consequente dificuldade de trata-lo adequadamente, seja pela ausência de interesse político de alguns setores que teriam condições de fazê-lo, o que somente amplia a impunidade de comportamentos ilícitos decorrentes[29].

Por outro lado, é possível que algumas instituições, públicas e privadas, adotem condutas permissivas para atrair o comércio ilícito virtual, criando zonas francas de segurança e impunidade para os infratores, em troca de benefícios diretos e

---

[28] SHIMABUKURO, Adriana; ABREU E SILVA, Melissa Garcia Blagitz de (2018). Internet, Deep Web e Dark Web. Em SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. (org.). *Crimes Cibernéticos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, pp.255-256. Informam as autoras que: *Franco (2013) afirma que os buscadores comuns conseguem indexar apenas 4% do conteúdo postado na internet. O restante, 96%, forma a Deep Web... Conforme estudo da TRENDMICRO grande parte das páginas da Dark Web é redigida em inglês ou russo (47%) e é voltada para a venda de drogas ilícitas e divulgação de pornografia infantil. Entretanto, há também publicidade de outros "serviços", como assassinatos de aluguel, lavagem de dinheiro, e venda de documentos faltos e de todo o tipo de aparato para invasão de redes ou computadores.*

[29] O Superior Tribunal de Justiça, no Brasil, firmou o entendimento, em sua Terceira Turma e no REsp 1.785.092, ser de responsabilidade dos provedores de acesso à internet manterem dados cadastrais de seus usuários mesmo antes do Marco Civil da Internet, de 2014, e manteve decisão que condenou um provedor a fornecer informações sobre usuário que, em 2009, invadiu o e-mail de uma pessoa e enviou mensagens ofensivas aos destinatários. Na dicção do STJ, as prestadoras de serviços de internet estão sujeitas ao dever legal de registro de suas atividades durante o prazo prescricional de eventual ação de reparação civil, conforme previsto pelo artigo 1.194, do Código Civil de 2002, e que os dados armazenados pelos provedores devem ser suficientes para a identificação do usuário.

indiretos dos frutos rentáveis gerados[30]. Enquanto isto, os protocolos e acordos internacionais e nacionais de cooperação para o enfrentamento de tais problemas continuam lentos e de duvidosa eficiência[31].

Por conta de todos estes elementos vistos até aqui, revela-se de importância destacada contarmos com marcos normativos claros e pontuais sobre estes temas, dando maior segurança tanto aos órgãos investigativos como à Sociedade, os quais terão o desafio de encontrar pontos de equilíbrio dentre os diversos interesses em jogo, dentre os quais, a exigência (até em face da natureza volátil e de difícil apreensão dos dados e informações virtuais) de que o Estado possa investigar de maneira eficiente e, por vezes, de surpresa, evitando assim os riscos de desaparecimento de provas importantes (evidencias digitais) à elucidação de problemas jurídicos; de outro, a garantia do exercício do direito de defesa por parte das pessoas físicas e jurídicas imputadas ou investigadas, e a tutela de suas privacidades e intimidades[32].

---

[30] Por todas estas razões é que a Convenção de Budapeste previu a necessidade de regulamentação da responsabilidade penal dos provedores por crimes praticados no meio ambiente digital, em especial em seu art.12, providência absolutamente necessária em face dos riscos e perigos causados pela atuação livre de provedores de fachada para ocultar ações criminosas das mais diversas espécies. Ver o texto de ROSA, Fabrízio (2002). *Crimes de Informática*. Campinas: Bookseller.

[31] Como nos informa a Comunidade Europeia, ao fazer referência ao acordo de cooperação que mantém com os Estados Unidos da América neste campo: *While judicial cooperation between public authorities, including with the United States of America, is crucial, this method is often too slow, when taking into account the volatile nature of electronic evidence, taking na average of 10 months, and can entail a disproportionate expense of resources*. Em EUROPEAN COMMISSION*. Recommendation for a Council Decision*. Op. cit., p.03.

[32] O Código de Processo Penal Italiano, com a reforma de 2008, adaptando-se a Convenção do Conselho da Europa sobre criminalidade informática, em seu art.244, fez constar que: *2. Se il reato non ha lasciato tracce o effetti materiali, o se questi sono scomparsi o sono stati cancellati o dispersi, alterati o rimossi, l'autorità giudiziaria descrive lo stato attuale e, in quanto possibile, verifica quello preesistente, curando anche di individuare modo, tempo e cause delle eventuali modificazioni. L'autorità giudiziaria può disporre rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici e ogni altra operazione tecnica, anche in relazione a sistemi informatici o telematici, adottando misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione*. Na mesma direção os artigos 247, 352 e 354.

Na medida em que a retenção de dados (físicos e virtuais) configura ferramenta de investigação necessária e eficaz às autoridades responsáveis pela aplicação da lei –nomeadamente os adquiridos com o uso de ferramentas de monitoramento intrusivo e secreto de aparelhos de comunicação pessoal (celulares, tablets) por órgãos e agentes públicos–, em particular no que diz respeito a crimes graves (como o crime organizado e o terrorismo), é necessário garantir que tais dados retidos permaneçam disponíveis durante determinado período de tempo, observada adequada regulamentação, sob pena de podermos ter inúmeras violações de direitos e garantias fundamentais. E por conta disto, o art.12, da referida Diretiva 2006/24/CE, previu a possibilidade de um Estado-Membro da Comunidade Europeia, desde que diante de circunstância particular justificatória[33], possa prorrogar, por período limitado, a conservação de determinados dados de pessoas físicas e jurídicas.

## 3. Criminalidade e investigação no Brasil: novos desafios

O tema da criminalidade física e virtual, como estamos vendo, traz elementos identitários cada vez mais inéditos para inúmeros sistemas jurídicos globais, envolvendo desde protagonistas altamente qualificados em termos tecnológicos e comportamentais, até a complexa demarcação conceitual das ações típicas destes atores, criando dificuldades à delimitação de materialidades, autorias e culpabilidades, razões pelas quais os Estados têm procurado constituir, com

[33] Como nos diz ATERNO, Stefano. *Data retention: problematiche giuridiche e prospettive europee*. Op.cit., p.66: *La previsione dell'art. 12 Direttiva 2006/24/CE circa il periodo limitato di tempo della proroga sembrerebbe far ritenere che si tratti di circostanze eccezionali e particolarmente gravi, diciamo così, una tantum; ciò escluderebbe pertanto dalla possibilità di richiedere una proroga quegli Stati membri dove sono presenti fenomeni criminali endemici e sociali come Cosa Nostra, Camorra, e Ndrangheta in quanto non basta certamente un periodo di tempo limitato per far fronte al problema. Altro discorso, in questo momento storico e almeno per il momento, dovrebbe essere fatto per il terrorismo di natura islamica. Ma tant'è. La portata insufficiente della norma dell'art. 12 è talmente chiara che sembra un'ovvietà (ma non lo è assolutamente) dire che la disposizione serve per reagire ad un evento e non anche a prevenirlo, il che ovviamente è un grosso limite anche di natura concettuale*. Grifos nossos.

certa lentidão, marcos normativos regulatórios destes temas no mesmo tempo em que eles estão a provocar danos de diversas naturezas.

O mesmo ocorre no âmbito do devido processo legal necessário ao enfrentamento daqueles cenários, até em face dos cuidados para com direitos e garantias protegidos constitucional e infraconstitucionalmente, reclamando aperfeiçoamento permanente –tanto legislativo como jurisprudencial–[34].

Em termos de direito material, no Brasil, a Lei nº12.737/2012 inovou –mesmo que de forma tímida– na criação do tipo penal de invasão de dispositivo informático (art.154-A, do Código Penal). Apelidada de Lei Carolina Dieckmann, tipifica como crimes infrações relacionadas ao meio eletrônico, como invadir computadores, violar dados de usuários ou derrubar sites, prevendo como crime a invasão de:

> *(…) dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.*

Os casos envolvendo criminalidade virtual, todavia, em muitas oportunidades, referem-se a delitos que já contam com proteção normativa vigente em termos do bem jurídico material tutelado, os quais são defraudados de modo virtual, como os casos de insultar a honra de alguém (calúnia artigo138, do CP); espalhar boatos eletrônicos sobre pessoas (difamação, artigo 139, do CP); insultar pessoas considerando suas características e atribuindo apelidos grosseiros (injúria, artigo 140, do CP); ameaçar alguém (ameaça, artigo 147, do

[34] Com base em tais premissas, o STF, em 22/02/2022, absolveu réu condenado pelo crime de roubo, tendo como prova tão somente o reconhecimento fotográfico feito, inicialmente, por *whatsapp*, sob o argumento de que o reconhecimento fotográfico, realizado na fase do inquérito policial, deve estar lastreado em outros elementos de prova que indiquem, com segurança, a autoria do fato, o que não ocorreu no caso. Recurso em Habeas Corpus nº206846, Segunda Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 22/02/2022, por maioria. Na mesma direção o Habeas Corpus nº652284, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 27/04/2021, a unanimidade, Dje 03/05/2021.

CP); utilizar dados da conta bancária de outrem para desvio ou saque de dinheiro (furto, artigo 155); explicitar, em redes sociais ou em e-mails, de forma depreciativa, manifestações preconceituosas sobre raças, religiões e etnias (preconceito ou discriminação, artigo 20, da Lei nº7.716/89); enviar e, ou, trocar fotos de crianças nuas (pedofilia, artigo 247, da Lei nº8.069/90).

E tais delitos só aumentam através de comunicações em tempo real realizadas por aplicativos de mensagens instantâneas como o *whatsapp*, protegidos por criptografia de ponta a ponta que dificulta a apuração sobre as responsabilidades, o que evidencia ainda mais a necessidade de que investigações policiais e a persecução penal propriamente dita se valham, quando necessário e na forma da lei, de instrumentos de monitoramento intrusivo e secreto de aparelhos de comunicação pessoal (celulares, tablets).

Enfim, a expansão incontrolada da informação e dos mecanismos de comunicação tecnológica, como o emprego difuso das redes sociais para múltiplas atividades, que vão desde as relações pessoais de amizade e afetivas até as relações de trabalho, comércio, acadêmicas, etc., tem imposto a constituição de gestão e análise de dados a todo tempo, e por muitos setores da vida cotidiana, inclusive para os campos Direito Penal e Processual Penal, eis que elementos uteis à investigação e conservação de provas –até com esquemas de segurança e segredo imensos– em formatos digitais (estamos falando de computadores pessoais, servidores de empresas, banco de dados em nuvens, pens drives)[35].

[35] Ver o texto de LA MUSCATELLA, Donato (2013). La ricerca delle fonti di prova sulle reti di cloud computing: le nuove frontiere delle investigazioni digitali tra profili giuridici e questioni operative. *Rivista Ciberspazio e Diritto*, vol.3, pp.477-514. Ver também o texto de WELLS, R. Bruce (2014). The fog of cloud computing: fourth amendment issues raised by the blurring of online and offline content. *Journal of Constitutional Law*, vol.12, University of Pennsylvania, p.223. Os autores aqui discutem o problema do prazo de obrigatoriedade de armazenamento de dados por parte de provedores de internet e outras empresas, haja vista eventual necessidade deles no enfrentamento da criminalidade e, especialmente, do cibercrime e da pornografia infantil.

Cada vez mais especialistas forenses de rede são chamados para investigar estes tipos de crimes, o que envolve inúmeras coletas de provas (primárias, secundárias e mesmo ações de busca)[36].

Até por conta destes aspectos, o STF já teve oportunidade de assentar, há mais tempo, que a proteção garantida no art.5º, XII, da CF/88, assegura a inviolabilidade da comunicação de dados, e não todos os dados propriamente ditos –como os armazenados em computadores ou nas nuvens–[37]. Estes últimos armazenados, todavia, ainda constituem patrimônio passível de tutela judicial, pois condizentes à vida privada de pessoas físicas e jurídicas, razão pela qual só podem ser acessados pelo Estado com a devida autorização judicial, ou com a anuência do titular deste patrimônio[38].

Mas até neste tema as circunstâncias de alguns delitos podem implicar modulações decisionais em nome da urgência que flagrantes de atos criminosos graves impõem a agentes de segurança pública –nomeadamente as polícias–,

---

[36] Estas coletas primárias se destinam à obtenção de dados de livre acesso, envolvendo documentos públicos, fatos noticiados pela imprensa física e virtual. Já as coletas secundárias alcançam dados protegidos, como bancários, de comunicação, fiscal. Por fim, as ações de busca visam a obtenção de dados negados, razão pela qual reclamam uso de ações de vigilância, técnicas operacionais de inteligência (cobertura, disfarce), tudo autorizado judicialmente, conforme preleciona COUTO, George Estefani de Souza (2015). Inteligência policial judiciária e produção de prova. Em WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta. *Investigação Criminal - Provas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.197.

[37] RE 418.416/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ de 19.12.2006. Restou ampliada ainda mais esta compreensão decisão posterior da Corte assentando que a previsão constitucional referida não protege os registros telefônicos de aparelhos celulares apreendidos, sendo defeso estender o sigilo das comunicações telefônicas ao depósito registral de ligações feitas. Autos do HC nº91.867/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 20.9.2012.

[38] Nos termos da decisão do STF nos autos HC nº168.052/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em sessão virtual do dia 9 a 19 de outubro de 2020. O STF, no julgamento das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nº6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, reconheceu a proteção de dados pessoais como categoria autônoma no catalogo de direitos fundamentais, com conteúdo independente do direito ao sigilo de informações, o que se projeta para o âmbito dos critérios de identificação da licitude da prova produzida em investigações criminais, principalmente envolvendo o monitoramento intrusivo e secreto de aparelhos de comunicação pessoal (celulares, tablets), objeto da APF nº1143.

para os fins de assegurar a cadeia de custódia de provas, o que se evidencia na discussão que trava o STF no tema nº977, versando sobre:

> *(…) a aferição da licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime*[39]*.*

Neste processo, a Corte já sinaliza algumas teses que precisam ser confirmadas:

> *1. O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade, ao sigilo das comunicações e à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (CF, art. 5º, X, XII e LXXIX).*
>
> *2. Em tais hipóteses, a celeridade se impõe, devendo a Autoridade Policial atuar com a maior rapidez e eficiência possíveis e o Poder Judiciário conferir tramitação e apreciação prioritárias aos pedidos dessa natureza, inclusive em regime de Plantão"; e do voto do Ministro Flávio Dino, que acompanhava o Ministro Gilmar Mendes negando provimento ao agravo em recurso extraordinário, mas propunha a seguinte tese: "Visando proteger os direitos fundamentais à privacidade e intimidade, o acesso a qualquer conteúdo de aparelho celular apreendido depende de decisão judicial fundamentada. Contudo, a apreensão do aparelho celular, nos termos do artigo 6º do CPP, ou em flagrante delito, bem como a determinação de*

[39] STF, Tema nº977, tendo como *leading case* o ARE nº1042075, relatoria do Min. Dias Toffoli, ainda não julgado, conforme informação em: https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977. Último acesso em 17/02/2025.

*preservação dos dados e metadados de suspeitos ou investigados, não está sujeita à reserva de jurisdiç o"*[40].

## 4. Notas Conclusivas

É neste quadro amplo de conjunturas que precisamos avaliar se as matrizes legislativas que temos são, ou não, suficientes para dar proteção eficiente e adequada aos bens jurídicos tutelados pelo art.5º, X e XII, da Constituição Federal de 1988. E neste sentido nossa percepção é negativa, nomeadamente quando se fala: (i) de programas de intrusão virtual remota, e (ii) de ferramentas de monitoramento secreto e invasivo de aparelhos digitais de comunicação pessoal (*smartphones*, *tablets* e dispositivos eletrônicos similares), pois é a casuística dos Tribunais brasileiros que tem feito isto, não em caráter universal, mas tópico, a cada caso que avalia, por certo que em muito contribuindo na formatação de parâmetros regulatórios da matéria, eis que muitas destas abordagens tem sido feitas inclusive em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como vimos.

E não se diga que a Lei nº9.296/1996, ao regulamentar a parte final do inciso XII, do art.5º, da CF/88, tratando as possibilidades de interceptações telefônicas ou telemáticas[41], e determinando que as concessionárias de telefonia e provedores de mensageria eletrônica providenciem o fornecimento de dados em face de ordem judicial expressa, pode contemplar todas as outras formas de investigação e persecução penal –como ferramentas intrusivas e remotas de monitoramento e invasão de privacidade–, haja vista a dinâmica espacial e temporal destas, que permite o acesso e a captação instantâneos de informações e dados os mais diversos, reclamando, portanto, protocolos de segurança e preservação de direitos mais sensíveis.

---

[40] Idem.

[41] Bem como a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, por acréscimo da Lei nº13.964/2019.

Seguro que a Lei das Interceptações Telefônicas referida traz elementos passíveis de serem replicados em outras formas invasivas de investigação e persecução penal, dentre os quais, não se admitir o uso de meios como estes: (i) em situações nas quais inexistem *indícios razoáveis* de autoria ou participação em infração penal; (ii) quando a prova puder ser feita por *outros meios disponíveis*; (iii) quando *não descrita com clareza* a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, *salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada*[42]. Da mesma forma o descarte do material acessado e coletado inservível à investigação/persecução, regido pela Lei sob comento, traz parâmetros adequados de tratamento.

Por mais que alguns destes elementos tenha carga de subjetividade extremada em termos de condições e possibilidades –e não poderia ser de outra forma–, eles podem servir para aferição de outros mecanismos investigatórios.[43]

Estamos defendendo, a partir do debate se que instaura também na ADPF nº1143, que é possível compatibilizarmos direitos fundamentais individuais de privacidade e intimidade com direitos fundamentais sociais envolvendo a segurança pública e responsabilidade penal, também porque, como defendemos em outro trabalho, a segurança configura, neste âmbito, *valor super primário*, no sentido de que não se presta a balanceamentos, mas deve sempre ser garantida em face de:

> *(…) sua natureza contratualista matricial, inexoravelmente vinculada a dignidade da vida humana, à incolumidade física, patrimonial e extra-patrimonial das pessoas, seu bem estar e qualidade de*

[42] Art. 2º, incisos I e II, da Lei nº9.296/1996. Lembrando que: (i) o Marco Civil da Internet (Lei nº12.965/2014) também traz diretrizes contributivas semelhantes para o uso de mecanismos intrusivos de investigação criminal, nos termos dos seus arts.10, 22 e 23; (ii) a Lei Geral de Proteção de Dados, nº13.709/2018, indica cuidados no que tange ao tratamento de dados, nomeadamente para que os acessa e coleta, nos termos dos seus arts.6ºe 23.

[43] Veja-se que, *indícios razoáveis* do cometimento de determinados crimes de alta complexidade constitutiva, como os que fizemos referência, podem ser de difícil aquilatação matemática, justamente em face de suas particularidades, por vezes inéditas, dificultando a descrição exata/clara de todos os seus caracteres, o que vai demandar, para cada caso, medidas eficientes de enfrentamento.

*existência, ou seja, trata-se de direito fundamental indispensável à fruição de direitos os quais os indivíduos são titulares*[44].

Por outro lado, como lembra Albrecht,

> *(…) verifica-se na atualidade uma crescente tematização do que seria uma suposta tensão envolvendo a eficiência do processo penal e da política de segurança, de um lado, e a liberdade dos cidadãos, de outro. Os debates sobre essa relação conflituosa entre segurança, eficiência e liberdade vêm sendo marcados por um deslocamento da função atribuída ao Direito Penal, do qual se exigem mais e mais medidas garantidoras da segurança e pela ênfase dada a riscos excepcionais atribuídos à criminalidade organizada transnacional e, sobretudo, ao terrorismo internacional.*
>
> *Com isso, também o conceito de "segurança" ganha novos contornos, passando a ser entendido cada vez mais como segurança frente à criminalidade e sobretudo frente à violência, convergindo nos conceitos de "segurança interna" e "segurança externa"*[45].

E estamos plenamente de acordo, pois, a segurança, em sentido amplo, constitui inexoravelmente pressuposto da liberdade; ou seja, não pode existir qualquer oposição entre esses dois valores, já que a liberdade apenas pode ser exercida se houver condições sociais básicas de segurança que permitam a fruição desse Direito. O que pode haver entre estes Direitos Fundamentais/vetores axiológicos, contingencialmente, são eventuais tensões localizadas, questões que precisam

---

[44] LEAL, Rogerio Gesta; MONTE, Mario (2023). Limites do direito fundamental de proteção de dados em face da instrução probatória no processo penal. Em LEAL, Rogerio Gesta; GAVIÃO, Anízio Pires; DIAS, Handel Martins. *Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados*, vol.1. São Paulo: Ática, p.16.

[45] ALBRECHT, Hans-Jörg (2016). Direito Penal e Periculosidade: a politica criminal entre prevenção, combate a perigos e retribuição de culpa. Em MACHADO, Marta R. de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella (org.). *Reponsabilidade e Pena no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: FGV, p.55.

ser aferidas a partir de severos testes de proporcionalidade entre os escopos perseguidos e bens tutelados[46].

As propostas que a PGR traz na ADPF nº1143 para os fins de balizar a utilização de ferramentas tecnológicas de invasão e monitoramento de pessoas físicas e jurídicas em investigações e processos criminais são relevantes, e passiveis de serem incorporadas em processo legislativo constituidor de norma especifica sobre o tema, mas é preciso compatibilizar tais sugestões com as propostas de Lei que o Congresso Nacional já está avaliando, envolvendo o tratamento de dados pessoais realizado por autoridades competentes para atividades de segurança pública e de persecução penal, nomeadamente: (i) o anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal, elaborado pela Comissão de Juristas instituída por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados, de 26 de novembro de 2019; (ii) o PL nº1515/2022, apresentado ao Congresso Nacional pelo Deputado Federal Coronal Armando[47].

Destes documentos igualmente podemos extrair princípios importantes para a regulamentação pretendida pela ADPF nº1143, em especial, que o uso de ferramentas invasivas da privacidade e intimidade de pessoas físicas e jurídicas para fins de investigação/persecução penal observem a:

> (i) Finalidade[48], que obriga a realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular,

[46] Como nos mostram, a titulo exemplificativo, documentos como: (i) o Tratado de Lisboa, de 2009, reconhecen- do a proteção de dados pessoais enquanto direito fundamental; (ii) a edição da Diretiva (EU) 2016/680, do Parlamento Europeu e do Conselho, em 27/04/2016, relativa à proteção das pessoas singulares no que tange ao tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais, ou execução de sanções penais, e a livre circulação destes dados, revogando a Decisão-Quadro 2008/977/JAI do Conselho.

[47] Levando em conta ainda a expertise de outros institutos similares criados por norma jurídica no país, tais como: a referida Lei nº9.296/1996 (interceptações telefônicas e telemáticas), Lei nº12.850/2013 (interceptações ambientais), Lei nº12.965/2014 (registro de fluxos de utilização da internet), Lei nº9.613/1998 (registros de movimentações financeiras).

[48] Art.6º, inciso II, do anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal, elaborado pela Comissão de Juristas instituída por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados.

sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades. Por certo que a autoridade que acessar e manejar os dados deverá ponderar –fundamentadamente– o tempo e modo oportunos para prestar tal informação, a fim de não comprometer as atividades de segurança pública e persecução penal levadas a cabo, mas ao mesmo tempo terá de tomar cautelas formais e materiais no sentido de evidenciar, a todo tempo em que estiver tratando daqueles dados, os propósitos assinalados, sob pena de caracterizar-se o desvios e abusos de autoridade ou outras irregularidades e ilícitos[49].

(ii) Adequação (pertinência e relevância do tratamento diante dos objetivos pretendidos e em face do contexto do tratamento);

(iii) Necessidade (limitação do tratamento ao mínimo necessário às finalidades demarcadas, observados os critérios de abrangência, pertinência e não excessividade em face das finalidades informadas);

(iv) Proporcionalidade (como compatibilidade do tratamento em face dos objetivos pretendidos).[50]

O princípio da *adequação* aqui, que também podemos associar a ideia de idoneidade, implica que toda a restrição aos direitos tutelados pelas leis de proteção de dados, em nome da investigação e persecução penal, seja idônea tão somente para o atendimento do escopo autorizado pela norma, exigindo-se

[49] É de se registrar que este projeto de Lei, em seu art.20, previu a possibilidade de que a prestação de informações, e mesmo a concessão e acesso a dados, possa ser adiada, limitada, ou até recusada, se e enquanto tal for necessário e proporcional para: (i) evitar prejuízo as investigações, inquéritos ou processos judiciais; (ii) evitar prejuízo à prevenção, detecção, investigação ou repressão de infrações penais, ou para a execução de sanções penais; (iii) proteger a segurança do Estado ou a defesa nacional; e ainda (iv) proteger direitos e garantias de terceiros. E isto se justifica em face de delicados cenários de investigação e busca/coleta de provas envolvendo crimes por vezes complexos que reclamam cuidados especiais na persecução penal, sob pena de vazamento de informações e dados esvaziarem inúmeras medidas já levadas a cabo a delimitação da responsabilização. Todavia, a mesma norma exige que o responsável pelo tratamento dos dados deve informar o titular destes, por escrito e sem demora injustificada, dos motivos da recusa ou da limitação do acesso, bem como indicar quando cessarão estes motivos.

[50] Art.6º, inciso III, IV e V, do anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal, elaborado pela Comissão de Juristas instituída por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados.

que os meios empregados no particular se apresentem instrumentalmente adequados para alcançar o fim almejado.

Já a necessidade deve ser entendida como indispensabilidade do acesso e manejo de dados para os fins sob comento, ou seja, que tais medidas se deem do modo menos restritivo possível aos Direitos Fundamentais consectários, evitando assim causar lesão dispensável a eles (certa proibição de excesso).

E a proporcionalidade precisa ser compreendida de modo estrito, no sentido de que qualquer restrição aos Direitos Fundamentais dos titulares dos dados envolvidos deve ser justificada pela relevância da satisfação dos escopos perseguidos– legais e legítimos.[51]

Mas há também problemas operacionais em demandas de investigação e persecução criminal que precisam ser sublinhados, dentre os quais:

> (1) Por mais que sistemas e modelos de tratamento dos dados acessados e armazenados por novas ferramentas virtuais de investigação criminal consigam constituir acervos de informações enormes, eventualmente será impossível avaliar a todos os dados acessados/coletados, o que implica criar, normativamente, metodologias de abordagem e procedimentos destes dados/informações, com seus respectivos protocolos em termos de acesso, coleta, gestão e descarte, possibilitando inclusive o controle das seleções e filtros de uso destes dados pelas autoridades competentes, e a partir de que critérios de escolha previamente demarcados, e não de forma secreta e sem prestação de contas[52];

[51] Esta é uma reflexão que já tivemos oportunidade de explorar em nosso texto: LEAL, Rogério Gesta (2014). Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. *Revista de Investigações Constitucionais*, vol.1, núm.2, maio/agosto 2014. Curitiba: Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Ver também ALEXY, Robert (2000). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, p.112-ss. E também ALEXY, Robert (2010). The Construction of Constitutional Rights. *Law & ethics of Human Rights*, vol.4, iss.1, art.2. Berkeley: Berkeley Electronic Press.

[52] O capítulo VII, do anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal, elaborado pela Comissão de Juristas instituída por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados,

(2) É preciso constituir regras claras sobre as politicas de segurança na mantença/custódia e disponibilização/destruição dos dados acessados e coletados;

(3) Igualmente é fundamental protocolos e registros adequados das autorizações judiciais de acesso, coleta, gestão e descarte de dados para investigações e persecução penal (identificação das pessoas que usaram a ferramenta e da autoridade pública que permitiu/autorizou/determinou tal uso), assim como a execução destas medidas em toda a sua extensão e profundidade;

(4) Importa neste âmbito também a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto na Lei e autorização judicial;

(5) A informação plena –em tempo e modo oportunos– das pessoas físicas e jurídicas que foram atingidas por ferramentas virtuais e intrusivas de investigação/persecução criminal precisa ser garantida;

(6) Por outro lado, *os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas, aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito*[53], sob pena de responsabilização pelos danos decorrentes daí.

É claro que determinadas investigações/processos criminais, em face de suas complexidades e sofisticações (principalmente em delitos econômicos, de

trata das tecnologias de monitoramento e tratamento de dados de elevado risco para direitos, liberdades e garantias dos titulares dos dados, a partir do seu art.42, exigindo para que isto ocorra prévia existência de lei específica que estabeleça garantias aos direitos dos titulares e seja precedida de relatório de impacto de vigilância. Não bastasse isto, o §2º, do mesmo artigo, ainda determina que o processo legislativo consectário – submetido a consulta pública com ampla participação social (§4º) - deverá ser instruído por análise de impacto regulatório com vários requisitos demarcados pelos incisos de I a VI, assim como estabelecer política de uso destes dados (§3º).

[53] Art.36, do anteprojeto de Lei de Proteção de Dados para segurança pública e investigação criminal, elaborado pela Comissão de Juristas instituída por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados.

corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, dentre outros), reclamam tempos diferidos de instrução e julgamento (notadamente em face de eventuais provas necessárias), não raro longos, eventualmente com múltiplas intercorrências e dificuldades[54].

Em tais contextos, o uso de mecanismos invasivos (virtuais e físicos) de investigação/persecução penal envolvendo acesso e gestão de tratamento de dados poderá se prolongar[55], impondo-se a autorização judicial para tempo certo –renovável, se preciso–, aos que os acessam/manejam estes, contando com protocolos e instrumentos aptos a garantir suas integridades, sigilos possíveis e informação a quem de direito.

A ADPF nº1143, em verdade, está propiciando verdadeiros diálogos não coatados, com máxima transparência, entre os atores institucionais competentes e legítimos para tanto, através de procedimentos que garantem a participação efetiva de múltiplas vozes republicanas e democráticas, as quais provocam reciprocas sensibilizações e entendimentos voltados à constituição dos melhores argumentos normativos e regulatórios das matérias escrutinadas.

Ou seja, a ADPF nº1143 não está usurpando poderes e competências de ninguém, mas se apresenta como *lócus* privilegiado de interlocuções emancipatórias entre sujeitos representantes lídimos da Sociedade, tendo como escopo demarcar, pela via de consensos, possibilidades ordenadoras de compatibilização entre (i) o dever do Estado em exercitar, com eficiência, suas

---

[54] Pensemos nos casos de: (i) múltiplos autores, co-autores, participes, terceiros; (ii) pessoas físicas e jurídicas envolvidas; (iii) naturezas distintas das provas reclamadas (periciais, técnicas, documentais, testemunhais), todos estes localizados em territórios distintos, nacional e, ou, estrangeiro.

[55] Pensemos na análise de vínculos para identificar a existência de padrões e relacionamentos entre quantidades imensas de dados sobre atividades criminosas, implicando acesso, importação, depuração, organização, interpretação e diagramação de dados. Esta técnica de mineração de dados já existe hoje, explicitando a conexão entre pessoas, empresas, dados bancários e telefônicos, conforme nos mostra o trabalho de ANZANELLO, Greta Moura; DEMUTTI, Thiago Bosak (2015). Ferramentas de tecnologia da informação e de bussines intelligence aplicadas à investigação do crime de lavagem de dinheiro. Em WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta. *Investigação Criminal - Provas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.213.

obrigações no campo da segurança pública e persecução penal, observando o devido processo legal (constitucional e infraconstitucional), (ii) e os direitos individuais de privacidade e intimidade da pessoa humana.

## 5. Referências


ALBRECHT, Hans-Jörg (2016). Direito Penal e Periculosidade: a politica criminal entre prevenção, combate a perigos e retribuição de culpa. Em MACHADO, Marta R. de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella (org.). *Reponsabilidade e Pena no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: FGV.

ALEXY, Robert (2000). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales.

ALEXY, Robert (2010). The Construction of Constitutional Rights. *Law & ethics of Human Rights*, vol.4, iss.1, art.2. Berkeley: Berkeley Electronic Press.

ANZANELLO, Greta Moura; DEMUTTI, Thiago Bosak (2015). Ferramentas de tecnologia da informação e de bussines intelligence aplicadas à investigação do crime de lavagem de dinheiro. Em WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta. *Investigação Criminal - Provas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

ATERNO, Stefano (2021). Data retention: problematiche giuridiche e prospettive europee. Em CAJANI, Francesco; COSTABILE, Gerardo. *Gli accertamenti informatici nelle investigazioni penali: una prospettiva europea*. Roma: UAE/IISFA.

BRENNER, Susan W. (2006*). Cybercrime, cyberterrorism and cyberwarfare. Revue Internationale de Droit Pénal,* v.77, 2006/3, pp.453-471. Disponível em: https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2006-3-page-453.htm. Último acesso em 26/02/2025.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (2016). *Headnotes to the Judgment of the First Senate of 20 April 2016*. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/04/rs20160420_1bvr096609en.html. Último acesso em: 24/02/2025.

CAJANI, Francesco; COSTABILE, Gerardo (2021). *Gli accertamenti informatici nelle investigazioni penali: una prospettiva europea*. Roma: UAE/IISFA.

CASEY, Eoghan (2021). *Digital evidence and computer crime*. New York: Elsevier.

COUTO, George Estefani de Souza (2015). Inteligência policial judiciária e produção de prova. Em WENDT, Emerson; LOPES, Fábio Motta. *Investigação Criminal - Provas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

COSTABILE, Gerardo (2005). Scena criminis, documento informatico e formazione della prova penale. Em *Ciberspazio e Diritto*. Disponível em: http://www.altalex.com/documents/news/2005/04/27/scena-criminis-documento-informatico-e-formazione-della-prova-penale. Acesso em 21/11/2017.

EUROPEAN COMMISSION. *Recommendation for a Council Decision - authorizing the opening of negotiations in view of an agreement between the European Union and the United States of America on cross-border access to electronic evidence for judicial cooperation in criminal matters*. Brussels, 5.2.2019 - COM (2019) 70.

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52019PC0070, acesso em 10/02/2025.

https://ag.ny.gov/resources/organizations/data-breach-reporting/shield-act, acesso em 10/03/2025.

https://archive.epic.org/privacy/carnivore/foia_documents.html, acesso em 13/02/20225.

https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-210077%22]}, acesso em 24/02/2025.

https://oag.ca.gov/privacy/ccpa, acesso em 10/03/2025.

https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977, acesso em 26/02/2025,

https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5173898&numeroProcesso=1042075&classeProcesso=ARE&numeroTema=977, acesso em 17/02/2025.
https://privacyinternational.org/sites/default/files/2019-08/CELEX_62015CJ0203_EN_TXT.pdf.
https://www-crowdstrike-com.translate.goog/en-us/cybersecurity-101/malware/zeus-malware/, acesso em 10/03/2025.
https://www.ftc.gov/legal-library/browse/statutes/fair-credit-reporting-act, acesso em 10/03/2025.
https://www.justice.gov/archive/ll/what_is_the_patriot_act.pdf, em 13/02/205.
https://www.law.berkeley.edu/files/IHRLC/Guantanamo_and_Its_Aftermath.pdf, em 17/02/2025.

JOHNSON, David R.; POST, David (1996). Law and Borders - the rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, vol.48, núm.5, maio 1996.

LA MUSCATELLA, Donato (2103). La ricerca delle fonti di prova sulle reti di cloud computing: le nuove frontiere delle investigazioni digitali tra profili giuridici e questioni operative. *Rivista Ciberspazio e Diritto*, vol.3.

LEAL, Rogério Gesta; MONTE, Mario (2023). Limites do direito fundamental de proteção de dados em face da instrução probatória no processo penal. Em LEAL, Rogerio Gesta; GAVIÃO, Anizio Pires; DIAS, Handel Martins. *Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados*, vol.1. São Paulo: Ática.

LEAL, Rogério Gesta (2014). Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. *Revista de Investigações Constitucionais*, vol.1, núm.2, maio/agosto 2014. Curitiba: Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR.

LIPTON, Eric; SANGER, David E; SHANEDEC, Scot (2016). The Perfect Weapon: how russian cyberpower invaded the U.S. *The New York Times*, edição de 13/12/2016. Disponível em: https://www.nytimes.com/2016/12/13/us/politics/russia-hack-election-dnc.html. Último acesso: 21/11/2017.

SHIMABUKURO, Adriana; ABREU E SILVA, Melissa Garcia Blagitz de (2018). Internet, Deep Web e Dark Web. Em SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (org.). *Crimes Cibernéticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SNOWDEN, Edward (2019). *Permanent Record*. New York: Metropolitan Books.

# STANDARDS DO DIREITO À SAÚDE NA CORTE IDH: INTERCONEXÕES COM A NOÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL E PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS

Mônia Clarissa Hennig Leal[1]

Rosana Helena Maas[2]

## 1. Introdução

O objetivo do presente artigo consiste em identificar as demandas referentes ao direito à saúde no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir de 2018, tendo como ponto de partida o julgamento do Caso Poblete Vilches e

[1] Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa *Jurisdição Constitucional aberta*, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6628165246247243. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3446-1302. E-mail: moniah@unisc.br.

[2] Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil). Pós-doutorado pela Paris Lodron Universität Salzburg, Áustria (2018) e Pós-doutorado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado da UNISC (2023). Doutora em Direito pela UNISC (2016), doutorado sanduíche pela Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts und Staatswissenschaftliche Fakultät, Alemanha (2016), mestre em Direito pela UNISC (2011), graduada em Direito pela UNISC (2008). Integrante do grupo de estudos Jurisdição Constitucional aberta (CNPQ), coordenado pela Profa. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Coordenadora do grupo de estudos *Espectros dos direitos fundamentais sociais* (CNPQ). Autora de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. Advogada. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2204113976797800. Orcid: 0000-0002-9930-309X. E-mail: rosanamaas@unisc.br.

outros vs Chile, a fim de verificar-se quais foram os casos julgados, se envolveram grupos em situação de vulnerabilidade e quais os *standards* fixados, para, ao final, estabelecer-se uma correlação entre a proteção do direito à saúde e a noção de vulnerabilidade. Destaca-se que o presente artigo não pretende adentrar na discussão acerca da justiciabilidade do direito à saúde, por decorrência do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), em si, pois entende-se tal condição como pressuposto da análise aqui realizada, apesar de ainda haver divergências e controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto à justiciabilidade direta dos DESCA.

De igual forma, não se pretende afirmar aqui que a Corte IDH não resguardava o direito à saúde antes de 2018. A distinção se dá na forma por meio da qual a sua justiciabilidade ocorria, de forma indireta e não direta, pois sua proteção se dava pelas vestes dos direitos civis e políticos, com ênfase em casos que abrangiam grupos em situação de vulnerabilidade, e, agora, o faz de forma direta.

No que tange às questões metodológicas, no trabalho se realiza a pesquisa no banco de dados da jurisprudência da Corte IDH[3] no período compreendido entre 2018 e 2024, tendo como parâmetro de início o Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile, havendo sido encontrados mais treze casos, todos eles com a condenação do direito à saúde em face do artigo 26 da CADH.

A importância deste estudo está em delimitar e sistematizar os *standards* fixados pela Corte IDH nos casos que incluem a condenação direta dos Estados decorrente do direito à saúde, visto que, pelo controle de convencionalidade, tais parâmetros devem ser respeitados pelos demais Estados que ratificaram a CADH, bem como, no Brasil, por decorrência da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça 123, de 2022, que orienta os órgãos do Poder Judiciário brasileiro no sentido de observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e uso da jurisprudência da Corte IDH, bem como da Resolução do Conselho Nacional de Justiça 364, de 2021, que dispõe sobre a

[3] Disponível no endereço https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/.

instituição da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte IDH no âmbito do Conselho Nacional de Justiça.

## 2. Justiciabilidade direta do direito à saúde: o Caso Poblete Vilches e outros vs Chile e suas decorrências

Em 2018, com o julgamento do Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile, o direito à saúde recebe proteção como direito autônomo no âmbito da Corte IDH, com base no artigo 26 da CADH. O caso faz referência a uma demanda relacionada ao falecimento de Vinicio Antonio Poblete Vilches, após duas entradas em um hospital público no Chile. Na sentença, o Tribunal Interamericano declarou a responsabilidade internacional do Estado por não garantir ao idoso o direito à saúde sem discriminação, mediante serviços necessários básicos e urgentes, em atenção à situação especial de vulnerabilidade em razão da idade e pelos sofrimentos decorrentes da falta de atendimento do paciente (Corte IDH, 2018: 51).[4]

Após este marco, até o ano de 2024, citam-se mais treze casos envolvendo a justiciabilidade direta ou autônoma do direito à saúde na Corte IDH, conforme indicado na tabela abaixo:

| Caso | Ano |
|---|---|
| Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile | 2018 |
| Caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala | 2018 |
| Caso Hernández vs. Argentina | 2019 |
| Caso Guachalá Chimbo e outros vs. Equador | 2021 |
| Caso Buzos Miskitos vs. Honduras | 2021 |

[4] A respeito do caso acima mencionado, ver: BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena (2021). A justiciabilidade do direito à saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise do caso Poblete Vilches vs. Chile. *Rios Eletrônica* (FASETE), [*s.l.*], vol.15, pp.258-278.

| | |
|---|---|
| Caso Vera Rojas e outros vs. Chile | 2021 |
| Caso Manuela e outros vs. El Salvador | 2021 |
| Caso Valencia Campos e outros vs. Bolívia | 2022 |
| Caso Brítez Arce e outros vs. Argentina | 2022 |
| Caso Rodríguez Pacheco e outra vs. Venezuela | 2023 |
| Caso Comunidade La Oroya vs. Peru | 2023 |
| Caso Povos Indígenas Tagaeri e Taromenane vs. Equador | 2024 |
| Caso Adolescentes Recluídos em Centros de Detenção e Internação Provisória do Serviço Nacional de Menores (SENAME) vs Chile | 2024 |
| Caso Beatriz e outros vs. El Salvador | 2024 |

Antes desse avanço na jurisprudência da Corte IDH, conforme doutrina de Piovesan (2011), era possível observar três diferentes estratégias de argumentos na proteção dos direitos sociais, sendo elas: (a) dimensão positiva de direito à vida; (b) utilização do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis; (c) proteção indireta dos direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis e políticos.

Com uma classificação um pouco distinta, Mac-Gregor (2017: 76) afirma que, pela importância do direito à saúde, do total de 216 casos julgados pelo Tribunal Interamericano (levando-se em consideração que a obra foi publicada em 2017), 27 desses teriam relação, em ao menos um aspecto, com o direito à saúde, sendo ele protegido por meio do direito à vida, à integridade pessoal, à vida privada, à proteção à família, às garantias judiciais, ao acesso à informação, entre outros. O autor divide a sua análise referente ao direito à saúde em duas seções distintas: uma que aborda o direito à saúde em relação aos grupos em

situação de vulnerabilidade[5] e outra concernente às diversas faces do direito à saúde.

Nestas duas classificações, pode-se constatar que a Corte IDH, mesmo antes do *leading case* que consagrou a proteção autônoma e direta do direito à saúde, já buscava proporcionar a sua garantia, com destaque para os casos envolvendo grupos em situação de vulnerabilidade. Na busca de sistematizar as principais leituras dos direitos sociais antes do conhecimento de sua justiciabilidade direta, apresenta-se a seguinte tabela, conforme as abordagens de Piovesan (2011), Mac-Gregor (2024) e Burgorgue-Larsen (2019), incluindo ainda uma perspectiva específica de Mac-Gregor (2017) referente, exclusivamente, à proteção do direito à saúde (Maas; Müller, 2025, no prelo):

| **Autor** | **Direito** | **Formas de proteção dos direitos sociais antes de 2017** |
|---|---|---|
| Piovesan (2011) | Direitos sociais | (a) a dimensão positiva do direito à vida;<br>(b) a aplicação do princípio da progressividade dos direitos sociais, com ênfase na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade social; e<br>(c) a tutela indireta dos direitos sociais, por intermédio da proteção dos direitos civis. |
| Mac-Gregor (2024) | Direitos sociais | (a) por meio de *substantive rights* (direitos substantivos), como o direito à vida e à integridade pessoal;<br>(b) por meio de *procedural rights* (direitos processuais), como garantias legais, direito a um recurso efetivo e direito de acesso à informação; e |

[5] Aponta-se o artigo sobre a Corte IDH como instrumento de fixação de *standards* protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de (2021). Ius Constitucionale Commune na América Latina: a Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento de fixação de standards protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol.11, pp.665-685. E sobre a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos (2021). *A Atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Proteção de Grupos em Situação de Vulnerabilidade.* 1ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch.

| | | |
|---|---|---|
| | | (c) mediante o *right to equality and nondiscrimination* (direito à igualdade e à não discriminação), associado notadamente às obrigações dos artigos 1.1 e 24 da CADH. |
| Burgorgue-Larsen (2019) | Direitos sociais | (a) proteção indireta, mediante direitos civis e políticos, fundamentada na técnica da conexidade, com vistas à salvaguarda dos direitos sociais, a qual se divide em:<br>(a.1) proteção indireta por meio de direitos substantivos;<br>(a.2) proteção indireta por meio de direitos processuais;<br>(b) proteção específica, aplicável nos casos em que o país tenha ratificado o Protocolo de San Salvador; e |
| Mac-Gregor (2017) | Direito à saúde | (a) o direito à saúde em relação a grupos em situação de vulnerabilidade; e<br>(b) as diversas dimensões do direito à saúde. |

Independentemente do recorte metodológico aqui proposto, tem-se como relevante, para o estudo da temática, o Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, onde o Estado brasileiro foi condenado por maus-tratos em instituição hospitalar privada, ocasionando a morte de um paciente em tratamento por saúde mental. A sentença ensejou a criação de diversas políticas públicas, as quais ocasionaram avanços significativos para o tratamento de pacientes na área da saúde mental, aprimoramento das instituições de acolhimento, bem como o aperfeiçoamento dos profissionais da saúde no trato da relação com os pacientes (Burgorgue-Larsen, 2011: 592-593).

O caso brasileiro foi o primeiro no âmbito interamericano a apresentar a discussão referente ao direito à saúde, apesar de o referido direito ter sido resguardado mediante a proteção de direitos civis e políticos, como o direito à

vida e à integridade pessoal, em particular das pessoas que sofrem com problemas psiquiátricos, reconhecidos como grupos em situação de vulnerabilidade.

Prosseguindo, constata-se que, no Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile, de 2018, a Corte IDH trouxe *standards*/padrões sobre o direito à saúde aplicáveis a situações de urgência médica, estabelecendo, em primeira medida, que o direito à saúde é um direito humano fundamental e indispensável para o exercício adequado dos demais direitos humanos, na ordem de que:

> *(…) todo ser humano tem direito a desfrutar do mais alto nível possível de saúde que lhe permita viver dignamente, entendida a saúde, não apenas como a ausência de afecções ou doenças, mas também a um estado completo de bem estar físico, mental e social, derivado de um estilo de vida que permita alcançar um equilibrio* (Corte IDH, 2018ª: 40).

Além disso, tendo-se em consideração a Observação Geral n.º 14, do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Tribunal Interamericano se referiu a uma série de elementos essenciais que se inter-relacionam e que devem ser satisfeitos em matéria de saúde, sendo eles: *disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade:*

> *121. Em vista disso, esta Corte estima que, aos efeitos das prestações medicas de urgência, os Estados devem garantir, pelo menos, os seguintes padrões:*
>
> *a) Em relação à* qualidade*, deve-se contar com a infraestrutura adequada e necessária para satisfazer as necessidades básicas e urgentes. Isto inclui qualquer tipo de ferramenta ou suporte vital, bem como também dispor de recurso humano qualificado para responder diante de urgências medicas.*
>
> *b) Em relação à* acessibilidade*, os estabelecimentos, bens e serviços de emergências de saúde devem ser acessíveis a todas as pessoas. A acessibilidade entendida desde as dimensões superpostas de não discriminação, acessibilidade física, acessibilidade econômica e*

*acesso a informação. Fornecendo, desta forma, um sistema de saúde inclusivo, baseado nos direitos humanos.*

*c) Em relação à* disponibilidade*, deve-se contar com um número suficiente de estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde, bem como de programas integrais de saúde. A coordenação entre estabelecimentos do sistema resulta relevante para cobrir de forma integrada as necessidades básicas da população.*

*d) Em relação à* aceitabilidade, *os estabelecimentos e serviços de saúde deverão respeitar a ética médica e os critérios culturalmente apropriados. Ademais, deverão incluir uma perspectiva de gênero, bem como das condições do ciclo de vida do paciente. O paciente deve ser informado sobre seu diagnóstico e tratamento, e, diante disso, respeitar sua vontade* (infra *pars.161, 162 e 166)* (Corte IDH, 2019b: 42).

Outro ponto a ser observado na decisão consiste em que a Corte IDH deixa claro que não são permitidos tratamentos discriminatórios, devendo haver uma especial proteção aos grupos em situação de vulnerabilidade:

*122. Em terceiro lugar, e como condição transversal da acessibilidade, a Corte lembra que o Estado está obrigado a garantir um tratamento igualitário a todas as pessoas que acessarem os serviços de saúde, pelo que, de acordo com o artigo 1.1 da Convenção Americana não são permitidos tratamentos discriminatorios,* "por motivos de raç , cor, sexo (...) posição econômica, nascimento ou qualquer outra condiç o social". *A esse respeito, os critérios específicos em virtude dos quais está proibido discriminar, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana, não são uma lista taxativa ou limitativa, mas meramente enunciativa. Pelo contrário, a redação do referido artigo deixa abertos os critérios com a inclusão do termo "*outra condição social" *para incorporar assim outras categorias que não tivessem sido explicitamente indicadas. Assim, a Corte assinalou que a idade também e uma categoria protegida por esta norma. Nesse sentido, a proibição por*

> *discriminação relacionada com a idade quando se tratadas pessoas idosas, encontra-se tutelada pela Convenção Americana. Isto comporta, entre outras coisas, a aplicação de políticas inclusivas para a totalidade da população e um fácil acesso aos serviços públicos* (Corte IDH, 2018: 42).

O Caso Poblete Vilches relaciona-se a condição de vulnerabilidade de pessoa idosa, tendo a Corte IDH compreendido que, nestes casos, há uma obrigação reforçada de respeito e de garantia do direito à saúde (Corte IDH, 2018: 47). Nesse sentido, apresenta a preocupação de que deve haver uma maior inclusão do idoso em políticas públicas na sociedade, bem como:

> *(…) a criação de planos nacionais para abordar o tema da velhice de maneira integral, assim como também suas necessidades, a promulgação de leis e a facilitação do acesso a sistemas de previdência social* (Corte IDH, 2018: 45).

Uma vez feito este mapeamento das decisões existentes sobre o tema, destacando-se os principais avanços verificados, passa-se, na sequência, a analisar os demais treze casos selecionados, a fim de se identificarem os padrões/*standards* de proteção ao direito à saúde estabelecidos, notadamente em contraste com a noção de vulnerabilidade e os grupos atingidos por essa proteção.

## 3. Os *standards* de proteção ao direito à saúde na Corte IDH: parâmetros e fundamentos

Com o objetivo de identificar quais foram os casos envolvendo o direito à saúde julgados pela Corte IDH no período compreendido entre 2018 e 2024 que envolveram a proteção de grupos em situação de vulnerabilidade, o próximo caso a ser estudado é o Caso Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala (2018). Nele são encontrados padrões sobre o direito à saúde aplicáveis a pessoas que vivem com HIV, apontando que uma resposta eficaz à doença exige um enfoque integral, que compreende uma sequência contínua de prevenção, tratamento, atenção e apoio.

Identificaram-se os seguintes *standards* a serem observados pelo Estado, conforme a decisão: 1. disponibilidade gratuita de quantidades suficientes de antirretrovirais e outros produtos farmacêuticos para tratar o HIV ou as doenças oportunistas; 2. realização de exames para o tratamento da infecção, bem como o diagnóstico e tratamento das doenças oportunistas e conexas que possam surgir; 3. A atenção às pessoas que vivem com o HIV inclui a boa alimentação e o apoio social e psicológico e atenção familiar, comunitária e domiciliar; 4. acesso gratuito de preservativos, lubrificantes, material de injeção estéril, fármacos antirretrovirais (por exemplo, para prevenir a transmissão materno-infantil ou como profilaxia pós-exposição) e, uma vez desenvolvidos, microbicidas e vacinas seguros e eficazes (Corte IDH, 2019b: 144-145).

Em ordem, segue trecho da decisão:

> *De este modo, este Tribunal dispone la obligación, a cargo del Estado, de brindar gratuitamente, a través de instituciones de salud públicas especializadas, o personal de salud especializado, y de forma inmediata, oportuna, adecuada y efectiva, el tratamiento médico y psicológico o psiquiátrico a las víctimas directas de violaciones al derecho a la salud y a la integridad personal. Este tratamiento deberá incluir lo siguiente: i) el suministro gratuito y de por vida de los medicamentos que eventualmente se requieran, tanto aquellos necesarios para combatir el VIH, como aquellos necesarios para combatir las enfermedades oportunistas (*supra *párr. 110), ii) la realización de pruebas diagnósticas para la atención del VIH y para el diagnóstico y tratamiento de otras enfermedades que puedan surgir (*supra *párr. 111), iii) el apoyo social, que incluya el suministro de alimentos necesarios para el tratamiento, apoyo emocional, asesoramiento psicosocial y apoyo nutricional (*supra *párr. 112), y iv) los preservativos, lubricantes, material de inyección estéril como tecnologías de prevención del VIH (*supra *párr.113). En el caso de que el Estado careciera de ellas deberá recurrir a instituciones privadas o de la sociedad civil especializadas. Adicionalmente, el Estado deberá otorgar atención médica inmediata a las víctimas que padezcan*

*lipodistrofia, incluyendo la cirugía requerida para el tratamiento de dicha enfermedad* (Corte IDH, 2018: 75).

Já no Caso Hernández vs. Argentina (2019), a Corte IDH trouxe padrões específicos atinentes à criança e à pessoa com deficiência, sendo eles: disponibilidade; acessibilidade, que compreende a não discriminação, acessibilidade física, acessibilidade econômica e acesso à informação; aceitabilidade e qualidade, conforme se lê em trecho da sentença:

> *a) Disponibilidade. Cada Estado Parte deverá contar com um número suficiente de estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde e centros de atenção de saúde, bem como de programas. A natureza precisa dos estabelecimentos, bens e serviços dependerá de diversos fatores, em especial o nível de desenvolvimento do Estado Parte. Contudo, esses serviços incluirão os fatores determinantes básicos da saúde, como água limpa potável e condições sanitárias adequadas, hospitais, clínicas e demais estabelecimentos relacionados à saúde, pessoal médico e profissional capacitado e bem remunerado, consideradas as condições existentes no país, bem como os medicamentos essenciais definidos no Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS.*
>
> *b) Acessibilidade. Os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser acessíveis a todos, sem discriminação alguma, dentro da jurisdição do Estado Parte. A acessibilidade apresenta quatro dimensões superpostas:*
>
> > *i) Não discriminação: os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser acessíveis, de fato e de direito, aos setores mais vulneráveis e marginalizados da população, sem discriminação alguma por qualquer dos motivos proibidos.*
> >
> > *ii) Acessibilidade física: os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão estar ao alcance geográfico de todos os setores da população, em especial os grupos vulneráveis ou marginalizados, como as minorias étnicas e as populações indígenas, as mulheres, as crianças, os adolescentes, as pessoas idosas, as pessoas com*

*deficiência e as pessoas com HIV/AIDS. A acessibilidade também implica que os serviços médicos e os fatores determinantes básicos da saúde, como a água limpa potável e os serviços sanitários adequados, se encontrem a uma distância geográfica razoável, inclusive no que se refere às zonas rurais. Além disso, a acessibilidade compreende o acesso adequado aos edifícios para as pessoas com deficiência.*

*iii) Acessibilidade econômica (disponibilidade): os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão estar ao alcance de todos. Os pagamentos por serviços de atenção de saúde e serviços relacionados aos fatores determinantes básicos da saúde deverão se basear no princípio da equidade, a fim de assegurar que esses serviços, sejam públicos ou privados, estejam ao alcance de todos, inclusive os grupos socialmente desfavorecidos. A equidade exige que sobre os domicílios mais pobres não recaia um ônus desproporcional, no que se refere às despesas de saúde, em comparação com os domicílios mais ricos.*

*iv) Acesso à informação: esse acesso compreende o direito de solicitar, receber e divulgar informações e ideias sobre as questões relacionadas à saúde. Em geral, o acesso à informação não deve menosprezar o direito de que os dados pessoais relativos à saúde sejam tratados com confidencialidade.*

*c) Aceitabilidade: todos os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão respeitar a ética médica e ser culturalmente apropriados, ou seja, respeitar a cultura das pessoas, das minorias, dos povos e das comunidades, além de sensíveis aos requisitos do gênero e do ciclo de vida, e deverão ser concebidos para respeitar a confidencialidade e melhorar o estado de saúde das pessoas de que se trate.*

*d) Qualidade: além de aceitáveis do ponto de vista cultural, os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão ser também apropriados do ponto de vista científico e médico, e ser de boa*

> *qualidade. Isso exige, entre outros, pessoal médico capacitado, medicamentos e equipe hospitalar cientificamente aprovados e em bom estado, água limpa potável e condições sanitárias adequadas* (Corte IDH, 2020: 144-145).

Relevante destacar que, frente à pesquisa realizada, nota-se que estes são os parâmetros gerais aplicados pela Corte IDH em matéria de direito à saúde. No entanto, nesta demanda específica, houve a preocupação de fixar padrões concernentes a doentes com tuberculose, sendo eles:

> *(…) a) deve-se estabelecer um diagnóstico com prontidão e exatidão; e b) devem ser utilizadas diretrizes de tratamento normalizadas, de eficácia comprovada, com apoio e supervisão adequados do tratamento, e devem-se assumir as responsabilidades essenciais de saúde pública* (Corte IDH, 2020: 146).

Complementando, tem-se que:

> *Em primeiro lugar, o diagnóstico adequado requer que se faça uma avaliação da tuberculose em todas as pessoas que apresentem tosse produtiva inexplicável por duas ou três semanas. Em segundo lugar, o tratamento da tuberculose exige que todos os pacientes (inclusive aqueles que vivem com HIV) que não tenham sido tratados anteriormente recebam uma orientação de tratamento de primeira linha, internacionalmente aceita, em que se usem fármacos de biodisponibilidade conhecida. As doses dos fármacos utilizados para o combate à tuberculose deverão se ajustar às recomendações internacionais. Do mesmo modo, todos os pacientes deverão ser supervisionados para detectar a resposta ao tratamento. Em terceiro lugar, em relação às responsabilidades de saúde pública, todos os provedores de atenção aos pacientes com tuberculose devem assegurar que as pessoas (especialmente as crianças menores de cinco anos e as pessoas com infecção pelo HIV) que estejam em estreito contato com pacientes que tenham tuberculose infecciosa sejam avaliadas e tratadas de acordo com as recomendações internacionais* (Corte IDH, 2020: 146).

No caso Guachalá Chimbo e outros vs. Equador (2021), por sua vez, desenvolvem-se padrões do direito à saúde atinentes às pessoas com deficiência, podendo-se apontar que o consentimento informado é um elemento tido como fundamental do direito à saúde, sendo que a:

> *"(...) a violação do direito ao consentimento informado implica não apenas em uma violação do direito à saúde, mas também ao direito à liberdade pessoal, ao direito à dignidade e à vida privada, e também ao direito de acesso à informação* (Corte IDH, 2012e: 135)

E, mais, a Corte IDH ressaltou que a deficiência real ou percebida não deve ser entendida como uma incapacidade para se autodeterminar, sendo que deve ser aplicada a presunção de que as pessoas que padecem de deficiências são capazes de expressar sua vontade, a qual deve ser respeitada pelo pessoal médico e pelas autoridades. Desse modo, a deficiência de um paciente não pode ser a justificativa para não se solicitar o seu consentimento e proceder a um consentimento por representação. O pessoal médico deverá examinar a condição real do paciente, ao tratar as pessoas com deficiência, e oferecer o apoio necessário para que tome uma decisão individual e informada (Corte IDH, 2021e: 136).

No Caso Buzos Miskitos vs. Honduras (2021), a Corte IDH apresenta *standards* que envolvem pessoas que realizam atividade de mergulho de pesca submarina, com as seguintes orientações:

> *84. Respecto de la atención a la salud de las personas que realizan actividades de buceo de pesca submarina, la Corte advierte que las consideraciones de la OPS constituyen una referencia autorizada para aclarar algunas obligaciones internacionales del Estado en materia de atención a la salud de personas que sufren accidentes de buceo mientras realizan actividades de pesca submarina, y de manera particular respecto de las víctimas del presente caso. Dichas consideraciones establecen que la atención a la salud que los buzos miskitos que sufren accidentes deben recibir requiere una prevención primaria (que abarque la protección de las personas); una prevención secundaria (que permita la atención de personas en riesgo, lo que*

> *incluye un diagnóstico temprano y tratamiento oportuno), y una prevención terciaria (que implica atención a las personas enfermas: rehabilitación y reinserción laboral). De esta forma, los buzos que sufran la enfermedad de descompresión u otra enfermedad relacionada con el buceo deben contar inmediatamente con la atención específica en una cámara hiperbárica, y con tratamientos de rehabilitación que permitan una recuperación adecuada, y su reinserción social* (Corte IDH, 2021b: 31).

No Caso Vera Rojas e outros vs. Chile (2021) encontram-se padrões específicos referentes ao direito à saúde da criança com deficiência, sendo que a Corte IDH:

> *(…) considerou que os Estados devem garantir os serviços sanitários referentes à reabilitação e cuidados paliativos pediátricos conforme os padrões de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, tomando em consideração as particularidades do tratamento médico que as crianças com deficiência requerem* (Corte IDH, 2022c: 138).

Determina, ainda, em relação à acessibilidade, que:

> *(…) os tratamentos de reabilitação e cuidados paliativos pediátricos devem privilegiar, na medida do possível, a atenção médica domiciliar, ou em um local próximo ao domicílio, com um sistema interdisciplinar de apoio e orientação à criança e sua família, e também contemplar a preservação de sua vida familiar e comunitária* (Corte IDH, 2022c: 138).

Além disso, a Corte IDH considerou como elemento fundamental nos cuidados especiais e na assistência necessária para uma criança com deficiência o apoio às famílias responsáveis por seu cuidado durante o tratamento, em especial às mães, a quem tradicionalmente recai o trabalho de cuidado (Corte IDH, 2022c: 138).

Ademais, trouxe a importância do acesso à informação como parte da acessibilidade na atenção de saúde, sendo que a Corte IDH considerou que as crianças e seus cuidadores devem ter acesso à informação relacionada com as

enfermidades ou deficiências de que padeçam, incluindo suas causas, cuidados e prognósticos (Corte IDH, 2022c: 138).

Essa informação deve ser acessível em relação aos médicos tratantes, mas também a respeito do resto das instituições que podem estar envolvidas no tratamento, o que inclui as instituições encarregadas da administração de seguros privados, cabendo ao Estado regulamentar que os afiliados das asseguradoras privadas tenham acesso à informação sobre as condições de tratamento efetivo de que gozam, o que inclui as condições de cobertura dos serviços e os recursos disponíveis para o afiliado em caso de desconformidade (Corte IDH, 2022c: 138-139).

No Caso Manuela e outros vs. El Salvador (2021), identificam-se padrões com relação ao direito à saúde sexual e reprodutiva, à violação do segredo médico e à proteção de dados pessoais. É considerado que, nestes casos, o direito à saúde sexual e reprodutiva é parte do direito à saúde; a obrigação de oferecer atenção médica sem discriminação implica que se leve em consideração que as necessidades em matéria de saúde das mulheres são distintas daquelas dos homens; a obrigação de oferecer atenção médica sem discriminação implica que o suposto cometimento de um delito por parte de um paciente, sob nenhuma hipótese, pode condicionar a atenção médica que este paciente necessita. Na conclusão, tem-se que os Estados devem oferecer a atenção médica necessária e sem discriminação para as mulheres que a requeiram (Corte IDH, 2022c: 136).

Aliás, a violação de segredo médico também foi discutida, sendo que se entendeu que é fundamental que a informação compartilhada pelos pacientes com o pessoal médico não seja divulgada de forma ilegítima, sendo os dados relativos à vida sexual considerados pessoais e altamente sensíveis (Corte IDH, 2022c: 137).

Aponta, como regra geral, que a informação médica deve ser resguardada de forma confidencial, com exceção de quando (Corte IDH, 2022c: 137):

> *i) o paciente der o seu consentimento para divulgá-la, o ii) a legislação interna habilita determinadas autoridades a ter acesso à informação. A legislação, ademais, deve conter as hipóteses específicas nas quais a história clínica pode ser divulgada, salvaguardas claras sobre a*

> *proteção dessa informação e a forma em que a informação pode ser divulgada, exigindo que a mesma se realize apenas mediante ordem fundamentada por parte de uma autoridade competente e, a partir da qual, seja divulgado apenas o necessário para o caso concreto.*

No mesmo caso, no que se refere ao tratamento médico de mulher privada de liberdade, a Corte IDH reiterou que os serviços de saúde devem manter um nível de qualidade equivalente em relação às pessoas que não estão privadas de liberdade e que é responsabilidade do Estado garantir os direitos do indivíduo sob sua custódia, devendo fornecer a informação e as provas relacionadas ao que ocorreu ao detido (Corte IDH, 2022c: 137).

Quanto aos serviços médicos das pessoas privadas de liberdade, a Corte IDH (2022c: 138) expõe que devem estar organizados e coordenados com a administração geral do serviço de atenção de saúde geral, o que significa estabelecer procedimentos adequados e expeditos para o diagnóstico e o tratamento dos doentes, bem como para o seu traslado, quando seu estado de saúde requeira cuidados especiais em estabelecimentos penitenciários especializados ou em hospitais civis. Nessa linha, para se tornarem efetivos estes deveres, são necessários protocolos de atenção de saúde e mecanismos ágeis e eficazes de traslado de presos, particularmente em situações de emergência ou enfermidades graves.

O Caso Valencia Campos e outros vs. Bolívia (2022) trata da saúde de pessoas presas, sendo que a Corte IDH estabeleceu que o Estado tem o dever de proporcionar aos detentos revisão médica regular e atenção e tratamento médico adequado, quando necessário. Em especial a mulheres que se encontram grávidas, em período de parto, pós-parto e amamentação, sendo que a Corte IDH reconhece a situação de especial vulnerabilidade quando se encontram presas, o que se pode verificar do trecho abaixo, que destaca o aspecto de que:

> *240. De forma reciente, esta Corte ha reconocido que determinadas condiciones especiales, como encontrarse embarazada, en período de parto, posparto y lactancia, colocan a la mujer en una situación agravada de vulnerabilidad en el contexto carcelario, dado que su vida e integridad pueden correr un riesgo mayor. Así, esta Corte ya ha*

> *reconocido la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres embarazadas, más aún cuando se encuentran privadas de libertad. Frente a esta situación, la Corte considera que, en atención al principio de igualdad y no discriminación, la atención prenatal, durante el parto y post natal, así como cualquier emergencia obstétrica, proporcionada a las mujeres detenidas en el sistema penitenciario debe ser equivalente a la disponible fuera de la prisión. Más aún, toda vez que las mujeres se encuentran bajo el total dominio de las autoridades penitenciarias, es obligación del Estado prevenir daños irreparables sobre los derechos a la salud física y mental, integridad personal y a la vida de las mujeres embarazadas, así como durante el parto, postparto o en el marco de cualquier emergencia obstétrica. Resulta, por tanto, esencial la provisión de atención a la salud mental por parte de médicos especializados* (Corte IDH, 2022a: 72).

No Caso Brítez Arce e outros vs. Argentina (2022), que aborda a prestação de serviços de saúde durante a gravidez, parto, pós-parto e violência obstétrica, a Corte IDH (2023c: 144):

> *(…) recordou que o direito à saúde durante a gravidez, parto e pós-parto, como parte integrante do direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental, deve satisfazer os elementos de disponibilidade, aceitabilidade, qualidade e acessibilidade.*

Aqui, uma vez mais, tem-se o direito à informação como importante na garantia do direito à saúde:

> *De acordo com o anterior, dentro das obrigações internacionais mínimas que devem guiar a atenção de saúde, deve-se informar plenamente às pessoas grávidas, em período de pós-parto e em período de amamentação sobre sua condição médica e assegurar o acesso a informação precisa e oportuna sobre saúde reprodutiva e materna durante todas as etapas da gravidez, o que deve estar baseado em evidências científicas, sem preconceitos, livre de estereótipos e discriminação, incluindo o plano de parto junto à*

> *instituição de saúde que atenderá o nascimento e o direito ao contato materno-filial* ( Corte IDH, 2023c: 144).

Quanto à violência obstétrica, a Corte IDH (2023c: 44) assevera que ocorre durante a gravidez, o parto e após o parto, no acesso aos serviços de saúde, e que constitui uma violação de direitos humanos. A violência obstétrica inclui todas as situações de tratamento desrespeitoso, abusivo, negligente ou de denegação de tratamento durante a gravidez e a etapa prévia, e durante o parto ou pós-parto, em centros de saúde públicos ou privados.

No Caso Rodríguez Pacheco e outra vs. Venezuela (2023) constata-se, novamente, uma demanda envolvendo mulher gestante e seus familiares, decorrentes de serviços prestados em instituição privada. Encontra-se, outra vez, o tema da violência obstétrica (Corte IDH, 2023a: 46).

Ao tratar sobre o direito à saúde ofertado por instituições privadas, a Corte IDH ressalta o dever do Estado de fiscalizar e regulamentar os serviços prestados por essas instituições (Corte IDH, 2023a: 41):

> *Así, a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridade personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la Administración competente realice al respecto.*

É clara, nesse sentido, a posição da Corte IDH de que cabe aos Estados o dever de prevenir as violações de direitos humanos produzidas por empresas privadas, sendo que devem adotar medidas legislativas e de outro caráter, a fim de prevenir estas transgressões e investigar e reparar tais violações quando estas ocorrem (Corte IDH, 2023a: 42).

Sobre a violência obstétrica e os seus efeitos, oportuno mencionar a posição da Corte IDH que reforça o impacto negativo que esses casos possuem nas mulheres, em sua saúde materna e reprodutiva obstétrica, correndo o risco de tais atos propiciarem um ambiente de impunidade, como se essa violência contra as mulheres fosse tolerada e aceitada no dia-a-dia, o que vem a favorecer a perpetuação e aceitação social deste fenômeno, dando o sentimento e a sensação de insegurança às mulheres e gerando uma persistente desconfiança no sistema da justiça (Corte IDH, 2023a: 49).

Na ordem de medidas impostas, o Estado deverá tomar medidas necessárias para que os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público desenvolvam programas de capacitação na investigação de possíveis casos de violência obstétrica, tendo em conta os *standards* interamericanos sobre a matéria referente à devida diligência e prazo razoável, bem como na perspectiva de gênero. O Estado, além disso, deverá desenvolver programas de formação e de educação permanente dirigidos aos estudantes de medicina e profissionais médicos, assim como todo o profissional de atenção à saúde reprodutiva, tanto em centros públicos e privados, contendo nestes programas informações sobre os direitos à saúde materna das mulheres e a discriminação baseada em gênero ou estereótipos, assim como sobre a investigação e prevenção de casos de violência obstétrica, considerando os padrões sobre a matéria (Corte IDH, 2023a: 58).

O próximo, Caso da Comunidade La Oroya vs. Peru (2023), que aborda a violação de direitos humanos envolvendo moradores da comunidade de La Oroya pelas consequências oriundas de atos de contaminação no Complexo Metalúrgico de La Oroya, sendo que entre estes moradores encontravam-se crianças, mulheres, mulheres grávidas e idosos (Corte IDH, 2023b: 4). As violações foram consequência da contaminação do ar, da água e do solo provocada pelas atividades mineiro-metalúrgicas no Complexo Metalúrgico de La Oroya e por ter o Estado deixado de regulamentar e fiscalizar as atividades deste Complexo. Percebe-se, na sentença, a interligação clara da violação do direito à saúde, ao meio ambiente, à vida e à integridade das pessoas (Corte IDH, 2024d: 73).

No tocante ao direito à saúde em face de contaminação ambiental, atenta-se que a Corte IDH correlaciona a garantia do direito à saúde à proteção contra graves danos ao meio ambiente:

> *A saúde exige certas precondições para uma vida saudável, razão pela qual se relaciona diretamente com o acesso à alimentação e à água. Portanto, a contaminação ambiental, porquanto pode afetar o solo, a água e o ar, pode, por sua vez, alterar gravemente as precondições da saúde humana e ser a causa de danos no direito à saúde. Dessa forma, a garantia do direito à saúde inclui a proteção contra graves danos ao meio ambiente* (Corte IDH, 2024d: 170).

Entre as medidas impostas atinentes ao direito à saúde, ou correlatas a ele, está o Plano de Ação que o Estado deverá adotar para remediar os danos ambientais. Este plano deverá realizar um diagnóstico das fontes e níveis de contaminação e dos focos de contaminação em La Oroya, a fim de delimitar as áreas que necessitem de remediação prioritária, atendendo ao risco que impliquem para o meio ambiente e a saúde, além de executar as ações necessárias de descontaminação do ar, dos solos e da água (Corte IDH, 2023b: 121).

No que tange especificamente ao direito à saúde, a Corte IDH imputa ao Estado o dever de:

> *(…) fornecer gratuitamente, e pelo tempo que seja necessário, por meio de instituições especializadas de saúde pública, ou de pessoal de saúde especializado, e de forma imediata, oportuna, adequada e efetiva, o tratamento médico, psicológico e psiquiátrico, caso seja necessário, das vítimas de violações do direito à saúde, à integridade pessoal ou à vida digna, levando em conta a localidade onde se encontram, e dando prioridade às pessoas que sejam crianças ou idosos, no momento da emissão desta Sentença. O tratamento deverá incluir, pelo menos, o seguinte: a) diagnóstico médico atualizado de cada vítima, que deverá incluir os estudos especializados que sejam necessários, como avaliações neurológicas, psicométricas, radiológicas e estudos complementares de sangue e urina; b) o fornecimento gratuito e vitalício dos*

> *medicamentos ou intervenções médicas que eventualmente sejam necessários para o tratamento das doenças ou afecções diagnosticadas; e c) as despesas conexas de transporte relacionadas com o deslocamento das vítimas que o necessitem, do seu local de residência até o local onde receberão tratamento médico. O Estado disporá do prazo de seis meses, a partir da notificação da presente Sentença, para a elaboração de um protocolo para o cumprimento dessa medida. Do mesmo modo, deverá informar sobre a atenção médica prestada às vítimas, no prazo de um ano, de acordo com o disposto no Ponto Resolutivo 14 desta Sentença* (Corte IDH, 2023b: 122).

Ademais, o Estado deve compatibilizar a legislação que define as normas de qualidade do ar para a proteção do meio ambiente e da saúde das pessoas. Adicionalmente, deve garantir aos habitantes de La Oroya que sofram de sintomas e doenças relacionadas à exposição a contaminantes resultantes da atividade mineiro-metalúrgica, uma atenção médica especializada por meio de instituições públicas, com acesso a pessoal de saúde, que inclua o necessário tratamento médico, psicológico e psiquiátrico. Dessa maneira, o Estado deverá implantar um sistema de saúde em La Oroya que disponha das condições adequadas para a atenção médica que atenda às normas de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade dos serviços de saúde, padrões tidos como gerais do direito à saúde na Corte IDH (Corte IDH, 2023b: 127-128).

Do mesmo modo, no cumprimento dessa medida, o Estado deverá adotar ações diferenciadas de atenção para crianças, pessoas gestantes e pessoas idosas e deverá garantir que todos os moradores de La Oroya tenham acesso ao sistema de saúde pública, bem como devem estar disponíveis meios adequados para a atenção médica dos pacientes de La Oroya que sofram de doenças relacionadas à exposição a contaminantes produzidos pela atividade do Complexo Metalúrgico, sendo que quando os pacientes não possam ser atendidos em La Oroya, a prestação dos serviços médicos deverá ocorrer no local mais próximo onde se possa prestar essa atenção. Para dar conta dos custos derivados do translado, hospedagem e alimentação das pessoas que necessitem viajar para fora da cidade de La Oroya para receber tratamento médico, a Corte IDH julga

apropriado ordenar a criação de um Fundo de Assistência para financiar estes os custos (Corte IDH, 2023b: 127-128).

Prosseguindo, no Caso Povos Indígenas Tagaeri e Taromenane vs. Equador (2024) há a transgressão aos Tagaeri e Taromenane que, embora vivessem em isolamento voluntário numa zona intangível criada pelo Estado do Equador na região Amazônica Oriental, não receberam a proteção efetiva do seu território, o que resultou em três incidentes violentos com mortes, nos anos de 2003, 2006 e 2013, onde homens, mulheres e crianças do povo Taromenane foram assassinados por nove indígenas da Waorani, habitantes da região amazônica de Tigüino. Ainda, a falta de proteção às crianças fez-se presente no referido caso a partir da situação envolvendo o rapto de duas crianças indígenas (C. e D.) (Corte IDH, 2024a: 6).

Torna-se relevante mencionar a posição da Corte IDH (2024a: 92) no sentido de que o direito à saúde necessita ser interpretado de maneira que tome em conta o desejo dos povos em se manter em isolamento e a necessidade de sua maior proteção, em razão de sua situação de vulnerabilidade. Além do mais, a proteção do direito à saúde está ligada inteiramente ao controle de contaminação e à manutenção da soberania alimentar, criando, por exemplo, cordões de proteção sanitária.

Sobre o direito à saúde dos povos indígenas, ficou salientado que:

> *(…) en virtud de ello se vuelve imperioso que los Estados garanticen servicios de salud de calidad, accesibles, asequibles, culturalmente apropiados y aceptables para las mujeres y niñas indígenas; así como que se garantice que reciban información rápida, completa, precisa y en forma accesible sobre los servicios de salud sexual y reproductiva y el acceso seguro* (Corte IDH, 2024a: 149).

Neste caso, observam-se medidas impostas com respeito às vítimas C. e D., envolvendo tratamento médico e psicológico, se assim elas concordarem, e medidas a fim de que se estabeleça uma capacitação permanente e obrigatória a todo o pessoal do Ministério da Saúde que trabalhe com povos indígenas em contato recente, sobre cuidados de saúde que respeitem as características culturais desses povos e no consentimento informado, respeitando os *standards*

interamericanos sobre a matéria, sendo que este treinamento deve incluir uma abordagem de gênero a partir de uma perspectiva interseccional (Corte IDH, 2024a: 149).

No Caso Adolescentes Recluídos em Centros de Detenção e Internação Provisória do Serviço Nacional de Menores (SENAME) vs. Chile (2024), o Estado do Chile foi responsabilizado pela violação dos direitos aos adolescentes reclusos nos centros de detenção e internação provisória do Serviço Nacional de Menores. A condenação versou sobre a morte de dez jovens, ocorrida no incêndio do dia 21 de outubro de 2007, no Centro de Detenção Provisória e Regime Fechado “Tiempo de Crecer”, de Puerto Montt, local que apresentava problemas de infraestrutura, banheiros em situação anti-higiênica e falta de condições no fornecimento de água, onde viviam jovens menores de 18 anos junto a outros maiores de 18 anos,

> *(…) así como personas procesadas y otras cuya responsabilidad por contravenir la ley penal ya había sido determinada* (Corte IDH, 2024b: 18).

Neste caso, a Corte IDH estabelece que crianças e adolescentes devem ser submetidos a um exame médico, por profissionais que não tenham vínculos com as autoridades prisionais, imediatamente ou o mais rápido possível após sua admissão no local de detenção, com objetivo de detectar evidência de maus-tratos anteriores e verificar qualquer condição que exija atenção médica, física ou psiquiátrica, bem como sua aptidão para ser alojada na instituição. No que diz respeito às meninas adolescentes, bem como outras mulheres, devem ser examinadas por uma equipe feminina, ao entrarem em um local de privação de liberdade, e o exame deve ser adequado para verificar a ocorrência de abuso sexual e outras formas de violência, assim como para determinar as necessidades de saúde sexual e reprodutiva. Fica claro que o mesmo tratamento e cuidado de saúde dado a outras crianças e adolescentes que não se encontram nesta situação deve ser igualmente garantido às privadas de liberdade (Corte IDH, 2025: 144).

Desse modo, crianças e adolescentes têm o direito de receber atendimento médico adequado, tanto preventivo quanto corretivo, durante o período de sua

privação de liberdade, o que implica, também, no fornecimento gratuito de vacinas e medicamentos necessários, na implementação de medidas para prevenir e reduzir a mortalidade infantil e no registro confidencial de seus dados de saúde (Corte IDH, 2025: 144).

Além do mais, os centros para a privação de liberdade de adolescentes devem ter instalações e equipamentos médicos adequados de acordo com o número de residentes e suas necessidades, tendo em consideração o interesse superior das crianças e o cuidado e a proteção de que necessitam (Corte IDH, 2025: 144).

Nota-se que a Corte IDH considera que uma abordagem adequada e abrangente também deve levar em conta a saúde mental das pessoas detidas, considerando-se o potencial de crescimento psicológico e cognitivo. Consequentemente, os Estados são obrigados, como um componente do direito à saúde, a fornecer atendimento psicológico e psiquiátrico em locais de privação de liberdade, bem como a desenvolver políticas preventivas e de inclusão para tratar de problemas de doenças mentais e de eventuais vícios (Corte IDH, 2025: 144).

Entre as medidas impostas, encontram-se as específicas às vítimas, compreendendo tratamento psicológico e psiquiátrico. Constata-se, na decisão, ainda, que o Estado encontra-se implementando um novo marco normativo e institucional que possui relação com a execução de medidas de privação de liberdade quanto ao regime penal dos adolescentes, ordenando a Corte IDH que o país continue adotando estas medidas, a fim de melhorar as condições dos centros de privação de liberdade dos adolescentes, estando, dentre as medidas, assegurar o acesso a serviços de atenção médica e saúde mental quando assim requererem e garantir a saúde dos adolescentes privados de liberdade, tendo-se presentes as suas necessidades e circunstâncias específicas, mediante serviços médicos necessários, com a devida separação da população masculina (Corte IDH, 2025: 88).

Por fim, o Caso Beatriz e outros vs. El Salvador (2024) envolve a violação dos direitos de Beatriz, mulher, gestante e mãe de uma criança com um ano de idade. A vítima já havia sido diagnosticada com lúpus eritematoso sistêmico, nefropatia lúpica e artrite reumatoide. Com 26 semanas de gestação, Beatriz foi submetida

a uma cesárea, com morte da recém-nascida cinco horas após o parto, tendo sido diagnosticada com anencefalia. Em outubro de 2017, Beatriz faleceu, em virtude de Pneumonia Nosocomial, Lúpus Eritematoso Sistêmico e Traumatismo Craneano Encefálico (Corte IDH, 2024c).

Em seu Relatório, a Corte IDH (2024c: 150) afirma a importância do direito à saúde e a uma vida livre de violência e reitera que a violência obstétrica é uma violência de gênero exercida durante a gravidez, parto e pós-parto no acesso aos serviços de saúde. Considerou, ainda, que os Estados devem proporcionar segurança jurídica e contar com protocolos para o atendimento de casos em que a saúde da mãe esteja em risco.

Na decisão, observa-se a Corte IDH assentando que é dever do Estado assegurar às pessoas serviços essenciais de saúde, garantir a prestação médica de qualidade e eficaz e impulsionar o melhoramento das condições de saúde da população, devendo respeitar os princípios da disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, sendo que o cumprimento dessa obrigação pelo Estado em respeitar e garantir este direito necessita dar um especial cuidado aos grupos vulneráveis e marginalizados (Corte IDH, 2024c: 49).

No que concerne às medidas determinadas atinentes às partes, tem-se que o Estado deve fornecer tratamento médico, psicológico e/ou psiquiátrico aos familiares da vítima, bem como adotar todas as medidas normativas para contemplar diretrizes e guias de atuação ao pessoal médico e judicial frente a situações de gravidez que ponham em risco a vida e a saúde da mulher (sendo que este Plano pode, por sua vez, ser uma adequação ao que já existe, mediante um novo protocolo, ou outra medida normativa que garanta a segurança jurídica). Ainda, deverá elaborar um plano de capacitação dirigido a pessoas de saúde dos hospitais que tenham seções de atendimento à maternidade, a pessoas operadoras de justiça e ao pessoal estatal que possui a competência na matéria que permite divulgar estas medidas, sendo que este plano de capacitação e concretização deve conter um apartado que aborde os *standards* que a Corte IDH desenvolveu em matéria de atenção das mãe durante a gravidez, parto e pós-parto; além disso, necessita conter um sistema de indicadores que permita medir o alcance dos programas de capacitação (Corte IDH, 2025: 69-74).

Desse modo, conclui-se que os principais *standards* fixados pela Corte IDH em relação ao direito à saúde, são: *disponibilidade, acessibilidade (não discriminação, acessibilidade física, acessibilidade econômica e acesso à informação), aceitabilidade e qualidade.* Ainda, além desses padrões gerais, outros mais precisos foram encontrados, relacionados a cada grupo vulnerável específico.

Apresenta-se, a seguir, uma tabela que busca sistematizar com os *standards* encontrados na Corte IDH com relação ao direito à saúde, em sua interconexão com a noção de vulnerabilidade e de proteção de grupos vulneráveis, conforme escopo central do presente trabalho:

| **Grupo vulnerável** | **Padrões** |
|---|---|
| **Todos** | a) Disponibilidade. Cada Estado Parte deverá contar com um número suficiente de estabelecimentos, bens e serviços públicos de saúde e centros de atenção de saúde, bem como de programas. A natureza precisa dos estabelecimentos, bens e serviços dependerá de diversos fatores, em especial o nível de desenvolvimento do Estado Parte. Contudo, esses serviços incluirão os fatores determinantes básicos da saúde, como água limpa potável e condições sanitárias adequadas, hospitais, clínicas e demais estabelecimentos relacionados à saúde, pessoal médico e profissional capacitado e bem remunerado, consideradas as condições existentes no país, bem como os medicamentos essenciais definidos no Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS.<br><br>A coordenação entre estabelecimentos do sistema resulta relevante para cobrir de forma integrada as necessidades básicas da população.<br><br>b) Acessibilidade. Os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser acessíveis a todos, sem discriminação alguma, dentro da jurisdição do Estado Parte. A acessibilidade apresenta quatro dimensões superpostas:<br><br>i) Não discriminação: os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ser acessíveis, de fato e de direito, aos setores mais vulneráveis e marginalizados da população, sem discriminação alguma por qualquer dos motivos proibidos. |

| | |
|---|---|
| | ii) Acessibilidade física: os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão estar ao alcance geográfico de todos os setores da população, em especial os grupos vulneráveis ou marginalizados, como as minorias étnicas e as populações indígenas, as mulheres, as crianças, os adolescentes, as pessoas idosas, as pessoas com deficiência e as pessoas com HIV/AIDS. A acessibilidade também implica que os serviços médicos e os fatores determinantes básicos da saúde, como a água limpa potável e os serviços sanitários adequados, se encontrem a uma distância geográfica razoável, inclusive no que se refere às zonas rurais. Além disso, a acessibilidade compreende o acesso adequado aos edifícios para as pessoas com deficiência.<br><br>iii) Acessibilidade econômica: os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão estar ao alcance de todos. Os pagamentos por serviços de atenção de saúde e serviços relacionados aos fatores determinantes básicos da saúde deverão se basear no princípio da equidade, a fim de assegurar que esses serviços, sejam públicos ou privados, estejam ao alcance de todos, inclusive os grupos socialmente desfavorecidos. A equidade exige que sobre os domicílios mais pobres não recaia um ônus desproporcional, no que se refere às despesas de saúde, em comparação com os domicílios mais ricos.<br><br>iv) Acesso à informação: esse acesso compreende o direito de solicitar, receber e divulgar informações e ideias sobre as questões relacionadas à saúde. Em geral, o acesso à informação não deve menosprezar o direito de que os dados pessoais relativos à saúde sejam tratados com confidencialidade.<br><br>c) Aceitabilidade: todos os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão respeitar a ética médica e ser culturalmente apropriados, ou seja, respeitar a cultura das pessoas, das minorias, dos povos e das comunidades, além de sensíveis aos requisitos do gênero e do ciclo de vida, e deverão ser concebidos para respeitar a confidencialidade e melhorar o estado de saúde das pessoas de que se trate.<br><br>O paciente deve ser informado sobre seu diagnóstico e tratamento, e, diante disso, respeitar sua vontade<br><br>d) Qualidade: além de aceitáveis do ponto de vista cultural, os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão ser |

| | |
|---|---|
| | também apropriados do ponto de vista científico e médico, e ser de boa qualidade. Isso exige, entre outros, pessoal médico capacitado, medicamentos e equipe hospitalar cientificamente aprovados e em bom estado, água limpa potável e condições sanitárias adequadas.<br><br>Em relação à *qualidade*, deve-se contar com a infraestrutura adequada e necessária para satisfazer as necessidades básicas e urgentes. Isto inclui qualquer tipo de ferramenta ou suporte vital, bem como também dispor de recurso humano qualificado para responder diante de urgências medicas. |
| **Pessoa enferma**<br><br>**HIV** | - Um enfoque integral que compreende uma sequência contínua de prevenção, tratamento, atenção e apoio.<br><br>1. A disponibilidade gratuita de quantidades suficientes de antirretrovirais e outros produtos farmacêuticos para tratar o HIV ou as doenças oportunistas;<br><br>2. A realização de exames para o tratamento da infecção, bem como o diagnóstico e tratamento das doenças oportunistas e conexas que possam surgir;<br><br>3. A atenção às pessoas que vivem com o HIV inclui a boa alimentação e o apoio social e psicológico, bem como a atenção familiar, comunitária e domiciliar;<br><br>4. O acesso gratuito de preservativos, lubrificantes, material de injeção estéril, fármacos antirretrovirais (por exemplo, para prevenir a transmissão materno-infantil ou como profilaxia pós-exposição) e, uma vez desenvolvidos, microbicidas e vacinas seguros e eficazes. |
| **Pessoa enferma**<br><br>**Tuberculose** | a) Deve-se estabelecer um diagnóstico com prontidão e exatidão; e<br><br>b) Devem ser utilizadas diretrizes de tratamento normalizadas, de eficácia comprovada, com apoio e supervisão adequados do tratamento, e assumir as responsabilidades essenciais de saúde pública.<br><br>- Em primeiro lugar, o diagnóstico adequado requer que se faça uma avaliação da tuberculose em todas as pessoas que apresentem tosse produtiva inexplicável por duas ou três semanas.<br><br>- Em segundo lugar, o tratamento da tuberculose exige que todos os pacientes (inclusive aqueles que vivem com HIV) |

| | |
|---|---|
| | que não tenham sido tratados anteriormente recebam uma orientação de tratamento de primeira linha, internacionalmente aceita, em que se usem fármacos de biodisponibilidade conhecida. As doses dos fármacos utilizados para o combate à tuberculose deverão se ajustar às recomendações internacionais. Do mesmo modo, todos os pacientes deverão ser supervisionados para detectar a resposta ao tratamento.<br><br>- Em terceiro lugar, em relação às responsabilidades de saúde pública, todos os provedores de atenção aos pacientes com tuberculose devem assegurar que as pessoas (especialmente as crianças menores de cinco anos e as pessoas com infecção pelo HIV) que estejam em estreito contato com pacientes que tenham tuberculose infecciosa sejam avaliadas e tratadas de acordo com as recomendações internacionais. |
| **Pessoa com deficiência** | - O consentimento informado é um elemento tido como fundamental do direito à saúde. |
| **Pessoa que realiza atividade de mergulho de pesca submarina** | - Prevenção primária (abrangendo a proteção das pessoas); prevenção secundária (que permite cuidar de pessoas em risco, que inclui diagnóstico precoce e tratamento oportuno) e prevenção terciária (que envolve cuidados a pessoas doentes: reabilitação e reintegração laboral).<br><br>- Os mergulhadores que sofrem de doença descompressiva ou outra doença relacionada com o mergulho devem receber imediatamente cuidados específicos em câmara hiperbárica, cem como tratamentos de reabilitação que permitam uma recuperação adequada e reintegração social. |
| **Criança com deficiência** | - Em relação à acessibilidade, os tratamentos de reabilitação e cuidados paliativos pediátricos devem privilegiar, na medida do possível, a atenção médica domiciliar, ou em um local próximo ao domicílio, com um sistema interdisciplinar de apoio e orientação à criança e sua família, e também contemplar a preservação de sua vida familiar e comunitária.<br><br>- Como elemento fundamental nos cuidados especiais e na assistência necessária para uma criança com deficiência, deve ocorre o apoio às famílias responsáveis por seu cuidado durante o tratamento, em especial às mães, a quem tradicionalmente recai o trabalho de cuidado. |

| | |
|---|---|
| | - As crianças, e seus cuidadores, devem ter acesso à informação relacionada com as enfermidades ou deficiências de que padeçam, incluindo suas causas, cuidados e prognósticos.<br><br>- Que os afiliados das asseguradoras privadas tenham acesso à informação sobre as condições de tratamento efetivo de que gozam, o que inclui as condições de cobertura dos serviços, e os recursos disponíveis para o afiliado em caso de desconformidade. |
| **Mulher**<br><br>**Ao direito à saúde sexual e reprodutiva, à violação do segredo médico e à proteção de dados pessoais** | - O direito à saúde sexual e reprodutiva é parte do direito à saúde;<br><br>- A obrigação de oferecer atenção médica sem discriminação implica que se leve em conta que as necessidades em matéria de saúde das mulheres são distintas das dos homens;<br><br>- A obrigação de oferecer atenção médica sem discriminação implica que o suposto cometimento de um delito por parte de um paciente, sob nenhuma hipótese, pode condicionar a atenção médica que este paciente necessita.<br><br>- Os Estados devem oferecer a atenção médica necessária e sem discriminação para as mulheres que a requeiram.<br><br>- Os dados relativos à vida sexual devem ser considerados pessoais e altamente sensíveis, sendo que a informação compartilhada pelos pacientes com o pessoal médico não seja divulgada de forma ilegítima.<br><br>- Como regra geral, a informação médica deve resguardar-se de forma confidencial, com exceção de quando i) o paciente der o seu consentimento para divulgá-la, ou ii) a legislação interna habilita determinadas autoridades a ter acesso à informação.<br><br>- A legislação, ademais, deve conter as hipóteses específicas nas quais a história clínica pode ser divulgada, salvaguardas claras sobre a proteção dessa informação e a forma em que a informação pode ser divulgada, exigindo que a mesma se realize apenas mediante ordem fundamentada por parte de uma autoridade competente e, a partir da qual, seja divulgado apenas o necessário para o caso concreto. |

| | |
|---|---|
| **Mulher**<br><br>**Presa que se encontra grávida, em período de parto, pós-parto e amamentando.** | - A Corte considera que, em conformidade com o princípio da igualdade e da não discriminação, a assistência pré-natal, ao parto e pós-natal, bem como qualquer emergência obstétrica, prestada às mulheres detidas no sistema prisional, deve ser equivalente a disponível fora da prisão.<br><br>- Além disso, estando as mulheres sob total controle das autoridades penitenciárias, é obrigação do Estado prevenir danos irreparáveis aos direitos à saúde física e mental, à integridade pessoal e à vida das mulheres grávidas, bem como durante a gravidez, o parto, o pós-parto ou no contexto de qualquer emergência obstétrica.<br><br>- A prestação de cuidados de saúde mental por médicos especializados é, portanto, essencial. |
| **Mulher**<br><br>**Gravidez, parto, pós-parto e violência obstétrica** | - Informar plenamente às grávidas, em período de pós-parto e em período de amamentação, sobre sua condição médica e assegurar o acesso a informação precisa e oportuna sobre saúde reprodutiva e materna durante todas as etapas da gravidez, o que deve estar baseado em evidências científicas, sem preconceitos, livre de estereótipos e discriminação, incluindo o plano de parto junto à instituição de saúde que atenderá o nascimento e o direito ao contato materno-filial.<br><br>- Os Estados devem proporcionar segurança jurídica e contar com protocolos para o atendimento de casos em que a saúde da mãe esteja em risco.<br><br>- É dever do Estado assegurar às pessoas serviços essenciais de saúde, garantir a prestação médica de qualidade e eficaz e impulsionar o melhoramento das condições de saúde da população, devendo respeitar os princípios da disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, sendo que o cumprimento da obrigação do Estado em respeitar e garantir este direito deve dar um especial cuidado aos grupos vulneráveis e marginalizados. |
| | - Tratamento médico, psicológico e psiquiátrico, caso seja necessário, das vítimas de violações do direito à saúde, à integridade pessoal ou à vida digna, levando em conta a localidade onde se encontram, e dando prioridade às pessoas que sejam crianças ou idosos. O tratamento deverá incluir, pelo menos, o seguinte: a) diagnóstico médico atualizado de cada vítima, que deverá incluir os estudos |

| | |
|---|---|
| **Pessoas (crianças, mulheres, mulheres grávidas e idosos) e contaminação ambiental** | especializados que sejam necessários, como avaliações neurológicas, psicométricas, radiológicas e estudos complementares de sangue e urina; b) o fornecimento gratuito e vitalício dos medicamentos ou intervenções médicas que eventualmente sejam necessários para o tratamento das doenças ou afecções diagnosticadas; e c) as despesas conexas de transporte relacionadas com o deslocamento das vítimas que o necessitem, do seu local de residência até o local onde receberão tratamento médico.<br><br>- Implementação de um sistema de saúde em La Oroya que disponha das condições adequadas para a atenção médica que atenda às normas de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade dos serviços de saúde, padrões tidos como gerais do direito à saúde na Corte IDH.<br><br>- Adoção de ações diferenciadas de atenção para crianças, pessoas gestantes e pessoas idosas.<br><br>- O Estado deverá garantir que todos os moradores de La Oroya tenham acesso ao sistema de saúde pública, bem como devem estar disponíveis meios adequados para a atenção médica dos pacientes de La Oroya que sofram de doenças relacionadas à exposição a contaminantes produzidos pela atividade do Complexo Metalúrgico, sendo que quando os pacientes não possam ser atendidos em La Oroya, a prestação dos serviços médicos deverá ocorrer no local mais próximo onde se possa prestar essa atenção.<br><br>- Criação de um Fundo de Assistência para financiar os custos derivados do translado, hospedagem e alimentação das pessoas que necessitem viajar para fora da cidade de La Oroya para receber tratamento médico. |
| **Povo indígena**<br><br>**Crianças e Mulheres** | - O Estado deve garantir serviços de saúde de qualidade, acessíveis, economicamente acessíveis, culturalmente apropriados e aceitáveis para mulheres e meninas indígenas; bem como garantir que recebam informações rápidas, completas, precisas e acessíveis sobre serviços de saúde sexual e reprodutiva e acesso seguro.<br><br>- Capacitação permanente e obrigatória a todo o pessoal do Ministério da Saúde que trabalhe com povos indígenas em contato recente, sobre cuidados de saúde que respeitem as características culturais desses povos e do consentimento informado, respeitando os *standards* interamericanos sobre |

| | |
|---|---|
| | a matéria, sendo que este treinamento deve incluir uma abordagem de gênero a partir de uma perspectiva interseccional. |
| **Adolescentes em reclusão** | - Crianças e adolescentes devem ser submetidos a um exame médico, por profissionais que não tenham vínculo com as autoridades prisionais, imediatamente ou o mais rápido possível após sua admissão no local de detenção, no objetivo de detectar qualquer evidência de maus-tratos anteriores e verificar qualquer condição que exija atenção médica, física ou psiquiátrica, bem como sua aptidão para ser alojada na instituição.<br><br>- As meninas adolescentes, como outras mulheres, devem ser examinadas por uma equipe feminina ao entrarem em um local de privação de liberdade, e o exame deve ser adequado para verificar qualquer abuso sexual e outras formas de violência, bem como para determinar as necessidades de saúde sexual e reprodutiva.<br><br>- O tratamento e cuidado a outras crianças e adolescentes que não se encontram nesta situação, deve ser igualmente concedido às privadas de liberdade.<br><br>- Crianças e adolescentes têm o direito de receber atendimento médico adequado, tanto preventivo quanto corretivo, durante o período de sua privação de liberdade, o que implica, também, no fornecimento gratuito de vacinas e medicamentos necessários, na implementação de medidas para prevenir e reduzir a mortalidade infantil e no registro confidencial de seus dados de saúde.<br><br>- Os centros para a privação de liberdade de adolescentes devem ter instalações e equipamentos médicos adequados de acordo com o número de residentes e suas necessidades, de acordo com o interesse superior das crianças e considerando o cuidado e a proteção de que necessitam.<br><br>- Os Estados são obrigados, como um componente do direito à saúde, a fornecer atendimento psicológico e psiquiátrico em locais de privação de liberdade, bem como a desenvolver políticas preventivas e de inclusão para tratar de problemas de doenças mentais e vícios. |

Percebe-se que em todos os casos analisados, as vítimas encontram-se em situação de vulnerabilidade, com maior destaque às mulheres, que, em razão das causas de discriminação sofrida, estreitamente relacionadas a problemas de cunho socioeconômico e estrutural, fazem com que ganhe relevância a questão dos direitos sociais. Lembra-se ainda que a Corte IDH vinha protegendo o direito à saúde antes mesmo de reconhecer a sua justiciabilidade direta, o que ocorria, principalmente, nas decisões que envolviam algum grupo em situação de vulnerabilidade, o que reforça o seu compromisso com os direitos sociais, notadamente aos grupos em situação de vulnerabilidade.

Por meio de uma proteção multinível de direitos, pode-se constatar que a jurisprudência da Corte IDH garante o direito humano e social à saúde, atribuindo aos Estados o dever de proteção desse direito, sendo que o direito à saúde em relação aos grupos em situação de vulnerabilidade aparece como condição de possibilidade de superação da desigualdade socioeconômica e da discriminação estrutural, com vistas à atenção da dignidade humana em uma perspectiva mais ampla.

## 4. Conclusão

Como mencionado, neste trabalho buscou-se identificar as demandas referentes ao direito à saúde compreendidas julgadas pela Corte IDH entre os anos de 2018 e 2024, tendo como caso primário o Poblete Vilches e outros vs. Chile, no qual se reconheceu a justiciabilidade direta do direito à saúde, por meio do art. 26 da CADH. O estudo buscou verificar quais foram os casos julgados, se envolveram grupos em situação de vulnerabilidade e os *standards* fixados, para, ao final, trazer de forma sistematizada estes parâmetros adotados pela Corte IDH.

Nesse sentido, encontraram-se catorze sentenças, sendo eles: Poblete Vilches e outros vs. Chile; Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala; Hernández vs. Argentina; Guachalá Chimbo e outros vs. Equador; Buzos Miskitos vs. Honduras; Vera Rojas e outros vs. Chile; Manuela e outros vs. El Salvador; Valencia Campos e outros vs. Bolívia; Brítez Arce e outros vs. Argentina; Rodríguez Pacheco e outra vs. Venezuela; Comunidade La Oroya vs. Peru; Povos Indígenas Tagaeri e Taromenane vs. Equador; Adolescentes Recluídos em

Centros de Detenção e Internação Provisória do Serviço Nacional de Menores (SENAME) vs. Chile; Beatriz e outros vs. El Salvador.

Estes padrões puderam ser divididos nos seguintes grupos: Pessoa enferma com HIV; Pessoa enferma com Tuberculose; Pessoa com deficiência; Pessoa que realiza atividade de mergulho de pesca submarina; Mulher - Ao direito à saúde sexual e reprodutiva, à violação do segredo médico e à proteção de dados pessoais; Mulher - Presa que se encontra grávida, em período de parto, pós-parto e amamentando; Mulher - Gravidez, parto, pós-parto e violência obstétrica; Pessoas (crianças, mulheres, mulheres grávidas e idosos) e contaminação ambiental; Povo indígena - Crianças e Mulheres e Adolescentes em reclusão. Nota-se que há uma maior incidência das mulheres como vítimas nos casos.

Por fim, nota-se que os principais *standards* fixados pela Corte IDH em relação ao direito à saúde, são: disponibilidade, acessibilidade (não discriminação, acessibilidade física, acessibilidade econômica e acesso à informação), aceitabilidade e qualidade. Ainda, além desses padrões gerais, outros mais precisos foram encontrados, relacionados a cada grupo vulnerável específico.

Percebe-se que, em todos os casos analisados, as vítimas encontravam-se em situação de vulnerabilidade, com maior destaque às mulheres, que, em razão das causas de discriminação sofrida, estreitamente relacionadas a problemas de cunho socioeconômico e estrutural, fazem com que ganhe relevância a questão dos direitos sociais.

## 5. Referências

BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena (2021). A justiciabilidade do direito à saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise do caso Poblete Vilches vs. Chile. *Rios Eletrônica* (FASETE), [*s.l.*], vol. 15, p.258-278.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence (2011). La Metamorfosis del trato de los Derechos Económicos y Sociales em la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Em BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Direitos humanos,*

*democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BUGUEÑO, Rodrigo Andrés Poyanco; FUENTES-CONTRERAS, Édgar Hernán (2022). El derecho a la salud en Chile y Colombia. La narrativa judicial respecto a la justiciabilidad del derecho a la salud, en los ordenamentos constitucionales de ambos países. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Ciudad de México, núm. 35, pp. 175-209, jul./dez. 2022. Disponível em: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-46702022000200175&script=sci_abstract. Acesso em: 15 ago. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2018a). *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C núm. 349. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/883977539 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2018b). *Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de agosto de 2018. Serie C núm. 359. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/883977564 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2019a). *Caso Hernández vs. Argentina.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019. Serie C n. 395. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/883974578 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2019b). *Relatório Anual de 2018.* São José, Costa Rica: Corte IDH. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm?lang=pt#periodos. Acesso em: 23 jan. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2020). *Relatório Anual de 2019.* São José, Costa Rica: Corte IDH. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm?lang=pt#periodos. Acesso em: 23 jan. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2021a). *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C núm. 423. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/883975241 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2021b). *Caso de los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs. Honduras.* Sentencia de 31 de agosto de 2021. Serie C núm. 432. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr /es/vid/883975475 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2021c). *Caso Vera Rojas y otros vs. Chile.* Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de octubre de 2021. Serie C núm. 439. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/916956244 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2021d). *Caso Manuela y otros vs. El Salvador.* Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C núm. 441. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/916956246 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2021e). *Relatório Anual de 2020.* São José, Costa Rica: Corte IDH. Disponível em: https://www. corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm?lang=pt#periodos. Acesso em: 23 jan. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2022a). *Caso Valencia Campos y otros vs. Bolivia.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2022. Serie C núm. 469. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/920963074 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2022b). *Caso Brítez Arce y otros vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2022. Serie C núm. 474. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/920926269 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2022c). *Relatório Anual de 2021.* São José, Costa Rica: Corte IDH. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm?lang=pt#periodos. Acesso em: 23 jan. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2023a). *Caso Rodríguez Pacheco y otra vs. Venezuela.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2023. Serie C

núm. 504. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/953629030 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2023b). *Caso Habitantes de La Oroya vs. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C núm. 511. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/980571899 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2023c). *Relatório Anual de 2022.* São José, Costa Rica: Corte IDH. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm?lang=pt#periodos. Acesso em: 23 jan. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2024a). *Caso Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane vs. Ecuador.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2024. Serie C núm. 537. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/1049684937 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2024b). *Caso Adolescentes Recluidos en Centros de Detención e Internación Provisoria del Servicio Nacional de Menores (SENAME) vs. Chile.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2024. Serie C n. 547. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/1067534425 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2024c). *Caso Beatriz y otros vs. El Salvador.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2024. Serie C núm. 549. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/1061937459 Acesso em:18 mai.25.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2024d). *Relatório Anual de 2023.* São José, Costa Rica: Corte IDH. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm?lang=pt#periodos. Acesso em: 20 maio 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (2025). *Relatório Anual de 2024.* São José, Costa Rica: Corte IDH. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/informes_anuales.cfm?lang=pt#periodos. Acesso em: 20 maio 2025.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos (2021). *A Atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Proteção de Grupos em Situação de Vulnerabilidade.* 1ª. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de (2021). Ius Constitucionale Commune na América Latina: a Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento de fixação de standards protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, vol. 11, pp.665-685.

PIOVESAN, Flávia (2011). Proteção dos Direitos Sociais: Desafios do Ius Commune Sul-Americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, vol. 77, núm. 4, pp. 102-139, out./dez. 2011. Disponível em: https://hdl.handle.net/20.500.12178/28340. Acesso em: 01 maio 2024.

MAAS, Rosana Helena; Müller, Letícia Joana (2025). *Justiciabilidade dos direitos sociais na Corte Interamericana de Direitos Humanos: o novo caminho pós-caso 'Lagos Del Campo Versus Perú' (2017-2023).* Cruz Alta, RS: Editora Ilustração. No prelo.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (2017). *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* 1ª. ed. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

# OMISSÕES CONSTITUCIONAIS NO BRASIL EM MATÉRIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UM TEMA SEMPRE POLÊMICO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Caroline Müller Bitencourt[1]

Janriê Rodrigues Reck[2]

## 1. Introdução

Constituição de 1988 representou um divisor de águas na trajetória institucional brasileira ao estabelecer um projeto normativo comprometido com a transformação social, ou seja, mais do que declarar direitos em abstrato, o texto constitucional impôs ao Estado o dever de criar as condições concretas para sua realização, especialmente no campo dos direitos sociais, econômicos e culturais. Inspirada por um modelo de constitucionalismo dirigente, a Carta de 1988 atribuiu ao poder público a responsabilidade de formular e implementar políticas capazes de promover justiça social e reduzir desigualdades históricas.

Nesse contexto, as políticas públicas não são apenas escolhas administrativas, mas mecanismos essenciais para a realização dos compromissos constitucionais. Elas operam como instrumentos de concretização dos direitos

[1] Professora do Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutora e Mestre em Direito. Estágio Pós-doutoral pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Chefe do Departamento de Ciências Jurídicas da UNISC. Advogada.

[2] Professor do Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutora e Mestre em Direito. Advogado público.

fundamentais, funcionando como pontes entre as promessas da Constituição e as condições reais de vida da população. Saúde, educação, moradia, assistência social, entre outros direitos, não são meros ideais: são exigências constitucionais que dependem da ação estatal coordenada e eficaz, por meio da formulação, financiamento e execução de políticas públicas. Contudo, a distância entre norma e realidade revela um cenário recorrente de inércia do poder público, especialmente nas esferas legislativa e administrativa, no que diz respeito à implementação desses direitos. Essa omissão, longe de ser neutra, compromete a integridade do pacto constitucional e aprofunda desigualdades sociais, ao negar acesso a direitos fundamentais previstos expressamente na Constituição.

Para enfrentar tais lacunas, a ordem constitucional instituiu mecanismos de controle judicial da omissão estatal, com destaque para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e o Mandado de Injunção (MI) e, recentemente tem-se destacado a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Evidente que essas são ações específicas para o combate as omissões administrativas e legislativas, mas é fato que no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, não é incomum diante de uma inércia do poder executivo, em especial, a determinação para que o poder executivo tome providências necessárias para sanar possíveis omissões que inviabilizem a concretização de direitos fundamentais, via políticas públicas.

Seja qual for o instrumento, é fato que no Brasil permite-se ao Poder Judiciário agir diante da inércia dos demais poderes, assegurando que a ausência de norma regulamentadora ou de atuação administrativa não inviabilize o exercício de direitos consagrados, contudo, é sempre ponto controverso qual o limite dessa atuação judicial em termos de omissão de políticas públicas.

Nesse cenário, destaca-se o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e como instância de responsabilização estatal frente à omissão no campo das políticas públicas. A análise de alguns julgados da Corte revela os desafios e os limites dessa atuação, mas também os caminhos que têm sido construídos para garantir que os direitos fundamentais não sejam apenas proclamados, mas efetivamente assegurados.

Este trabalho propõe-se a examinar a omissão constitucional em matéria de políticas públicas, discutindo como a ausência de ação estatal pode representar uma forma de violação dos direitos a ser protegida por ações específicas, buscando demonstrar através de algumas decisões emblemáticas qual tem sido a postura do Supremo Tribunal.

## 2. Constitucionalismo dirigente e omissões constitucionais

A Constituição brasileira de 1988 consolidou um modelo normativo que vai além da simples estrutura formal do Estado, ao adotar uma concepção de Constituição dirigente. Inspirada por um projeto de transformação social, ela incorporou ao seu texto um conjunto significativo de normas programáticas, concebidas como instrumentos de ação estatal em busca da efetivação de direitos e da promoção de justiça social. Essa estrutura normativa pressupõe que o texto constitucional, além de definir competências e estabelecer direitos, deve também indicar metas, impor tarefas aos entes públicos e funcionar como guia permanente de atuação política e administrativa (Canotilho 2008).

De acordo com Canotilho (2008), essa dimensão dirigente da Constituição implica, ainda que dentro de uma margem de discricionariedade, na vinculação do legislador às finalidades constitucionais e na obrigação de realizar as promessas do texto normativo por meio de políticas públicas. O Estado é, assim, chamado a agir positivamente em áreas como saúde, educação, assistência social e habitação, operando a partir de diretrizes constitucionais que vinculam os poderes públicos e criam uma teoria das tarefas de Estado. No entanto, o autor reconhece que esse modelo enfrenta obstáculos relevantes para a sua efetividade.

Entre os principais entraves apontados por Canotilho (2008), destaca-se a insuficiência do dirigismo constitucional como instrumento autônomo de transformação social. O autor adverte que a Constituição dirigente pode tornar-se inócua caso seja interpretada como um conjunto normativo fechado em si mesmo, incapaz de dialogar com os processos internacionais de proteção de direitos e com as complexidades da realidade plural contemporânea. Em sociedades marcadas pela diversidade cultural, ideológica e econômica, as

diretrizes programáticas da Constituição muitas vezes colidem com interesses divergentes e desafios institucionais, dificultando sua concretização uniforme.

Além disso, o constitucionalismo dirigente acaba por provocar um deslocamento do centro das decisões políticas, muitas vezes transferindo ao Poder Judiciário a responsabilidade de suprir as omissões do Executivo e do Legislativo. Tal fenômeno, frequentemente identificado como judicialização da política, suscita preocupações quanto ao equilíbrio entre os poderes e à legitimidade democrática das decisões judiciais que determinam a implementação de políticas públicas (Maia e Costa 2013).

Há sempre um risco de se converter a Constituição em um catálogo de promessas não cumpridas. A Constituição dirigente, ao pretender direcionar as políticas públicas por meio de comandos programáticos, pode frustrar expectativas sociais quando não há mecanismos institucionais ou vontade política suficientes para assegurar sua concretização. Isso compromete, inclusive, a própria credibilidade do texto constitucional, abrindo espaço para críticas quanto à sua eficácia normativa.

Contudo, sob uma perspectiva democrática evidente que apesar de se reconhecer o importante papel judicial na vigilância da concretização constitucional, modelo dirigente não pode substituir a política. Para Bercovici (1999), a Constituição dirigente deve ser entendida como um referencial permanente de orientação estatal, não como um instrumento de tecnocratização das escolhas democráticas. A matriz programática, em sua leitura, não nega o papel do processo político, mas lhe confere um conteúdo substancial, exigindo que as decisões políticas estejam alinhadas às finalidades constitucionais. O autor reconhece, porém, que há tensão entre esse modelo e concepções mais liberais, centradas na Constituição como mera garantia de liberdades formais. Em sua crítica, o modelo de 1988, por ter assumido uma feição fortemente dirigente, passou a ser atacado como excessivamente intervencionista, sendo acusado de invadir competências típicas do Legislativo e do Executivo.

Essas críticas ganham especial relevo quando se observa a frequente omissão do Estado brasileiro em cumprir os deveres constitucionais ligados à efetivação de políticas públicas. Tal omissão, diante da estrutura dirigente da Constituição

de 1988, não é juridicamente neutra: ela representa uma violação ativa da ordem constitucional. O desafio, então, não está apenas na existência das normas programáticas, mas na construção de mecanismos eficazes de implementação, supervisão e responsabilização estatal, de modo a evitar que a Constituição se torne um conjunto simbólico de promessas inalcançáveis.

Dessa forma, o debate em torno da Constituição dirigente, suas promessas, suas limitações e sua recepção crítica no contexto brasileiro contemporâneo é indispensável para compreender as tensões entre o ideal normativo constitucional, a formulação e implementação de políticas públicas e a atuação do Poder Judiciário diante das omissões dos demais poderes.

Nesse sentido, a teoria da força normativa da Constituição, desenvolvida por Konrad Hesse, é uma importante diretriz para uma adequada teoria da Constituição ao caso brasileiro e seu compromisso com as políticas públicas, afinal, pretende a superação das visões reducionistas que entendiam o texto constitucional como um corpo simbólico, de eficácia meramente política ou ideológica. Segundo Hesse (1991), a Constituição detém um conteúdo normativo que se impõe à realidade, mesmo diante de resistências sociais ou institucionais. Isso significa que as normas constitucionais, incluindo as de natureza programática, devem ser compreendidas como comandos obrigatórios que demandam cumprimento e concretização. Para o autor, negar a normatividade da Constituição equivale a esvaziar sua função central no ordenamento jurídico. A Constituição, portanto, deve exercer força modeladora da vida jurídica, política e social, projetando sobre o presente os valores fundamentais assumidos pelo constituinte.

No contexto brasileiro, essa leitura encontrou terreno fértil diante da tradição histórica de ineficácia constitucional. A existência de normas constitucionais, muitas vezes desconectadas da realidade institucional, alimentou uma cultura jurídica na qual a Constituição era frequentemente vista como um conjunto de promessas genéricas, sem força vinculante. A Constituição de 1988, ao incorporar expressamente um projeto de transformação social, precisa ser lida como um pacto normativo que vincula o legislador e a administração pública, mesmo que respeitada certa margem de liberdade institucional. A vinculação imposta pelo texto constitucional não impede a atuação política, mas impõe

limites, objetivos e fundamentos materiais que devem orientar a formulação e a execução de políticas públicas. Essa vinculação é central para a ideia de uma Constituição dirigente, cuja concretização não pode ser adiada indefinidamente sob pena de esvaziamento de sua legitimidade.

Esse mesmo compromisso com a realização prática da Constituição é reforçado pela teoria da efetividade, formulada por Luís Roberto Barroso (2021). Para ele, a validade formal da norma constitucional não é suficiente para assegurar sua eficácia democrática. A Constituição deve ser mais do que um marco simbólico: ela precisa alcançar efetividade social, ou seja, produzir os efeitos concretos que garantam a implementação dos direitos fundamentais e o funcionamento das instituições dentro dos marcos constitucionais. Segundo Barroso, a efetividade é o verdadeiro critério de sucesso da Constituição, e seu grau de realização deve ser aferido a partir da capacidade de incidir sobre a realidade, transformar estruturas desiguais e assegurar justiça material.

Contudo, embora se reconheça que o papel do Poder Judiciário é decisivo nesse processo, especialmente quando o Estado se omite diante de seus deveres constitucionais, mas não é uma carta em branco para uma atuação ilimitada. A atuação judicial, especialmente do Supremo Tribunal Federal, quando orientada por critérios de legitimidade democrática e autocontenção, pode contribuir para a efetividade do texto constitucional, suprindo lacunas institucionais e promovendo coerência entre norma e realidade.

## 3. Ações para combater a omissões constitucionais no Brasil: um tema sempre polêmico quando se trata de políticas públicas

A Constituição Federal de 1988, ao consolidar um compromisso sólido com a efetivação dos direitos fundamentais e sociais, instituiu no ordenamento jurídico brasileiro mecanismos processuais específicos para enfrentar as omissões estatais que possam comprometer esses direitos. Entre esses instrumentos, destacam-se o Mandado de Injunção (MI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Cada um desses remédios apresenta características, competências e finalidades próprias, mas todos visam assegurar a efetividade da Constituição diante da inércia ou insuficiência do Legislativo, Executivo e, em certas circunstâncias, do Judiciário.

O Mandado de Injunção constitui um mecanismo constitucional destinado a garantir o exercício de direitos e garantias que, embora previstos na Constituição, não podem ser plenamente usufruídos pela ausência de norma regulamentadora. Previsto no artigo 5º, inciso LXXI, da CF/88, o MI surgiu como resposta para casos em que a omissão legislativa inviabiliza o gozo de direitos fundamentais (Silva 2012).

Durante muito tempo, entretanto, o Mandado de Injunção tinha eficácia restrita a uma declaração formal da omissão, sem que o Judiciário pudesse suprir provisoriamente a lacuna normativa. Essa limitação foi superada com a edição da Lei nº 13.300/2016, que regulamentou o instituto, conferindo-lhe maior legitimidade e robustez. O artigo 8º da referida lei autoriza o órgão julgador a estabelecer condições temporárias para o exercício do direito, fixar prazos para a edição da norma faltante e estender os efeitos da decisão a casos análogos em mandados coletivos (Brasil 2016).

Essa inovação ampliou significativamente a capacidade do Judiciário de garantir direitos durante o vácuo legislativo, promovendo uma efetividade concreta. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente após a *virada hermenêutica* nos mandados 670, 708 e 712, tem conferido ao MI uma função concretizadora, ultrapassando a mera declaração da omissão, com o uso, inclusive, de analogias legislativas para suprir lacunas (Mendes 2013).

Por sua vez, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) é um instrumento de controle abstrato da constitucionalidade que visa compelir o poder público a cumprir seus deveres normativos. Prevista no artigo 103, §2º, da CF/88, a ADO tem por objeto a omissão legislativa ou administrativa que impeça a plena vigência de preceitos constitucionais, sobretudo aqueles de eficácia limitada que dependem de regulamentação para produzirem efeitos concretos (Brasil 1999a).

Diferentemente do Mandado de Injunção, que protege direitos subjetivos individuais ou coletivos, a ADO tem caráter objetivo e institucional, buscando a preservação da ordem constitucional como um todo (Silva 2012). José Afonso da Silva destaca que a inclusão desse mecanismo no ordenamento brasileiro decorre da necessidade de dar concretude ao modelo de Constituição dirigente previsto na Carta de 1988, que impõe um dever positivo de atuação ao Estado. A decisão da ADO é proferida exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, tem efeitos vinculantes para todos os órgãos públicos e visa eliminar a omissão legislativa ou administrativa que prejudique a eficácia das normas constitucionais (Barroso 2009). Todavia, Barroso ressalta que a ADO ainda sofre limitações práticas em sua eficácia, já que sua decisão tem natureza declaratória e frequentemente depende da pressão política para que a omissão seja sanada efetivamente (Barroso 2013).

Por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) se configura como um instrumento processual de caráter mais flexível e abrangente, destinado a proteger preceitos fundamentais em face de atos do poder público, normativos ou concretos, decorrentes de ações ou omissões do poder público que possam lesar direitos previstos na Constituição (Brasil 1999b). Regulada pela Lei nº 9.882/1999, a ADPF possui caráter subsidiário, só cabendo quando não houver outro meio eficaz para sanar a violação alegada, ressaltando o princípio da subsidiariedade no seu uso (Barroso 2009).

Em consonância, Barroso destaca que a ADPF tem sido empregada com maior frequência para enfrentar omissões administrativas, especialmente aquelas relacionadas à ausência de implementação ou execução de políticas públicas essenciais, situações em que instrumentos como MI e ADO podem não ser suficientes ou cabíveis (Barroso 2013). A flexibilidade da ADPF permite ao Supremo Tribunal Federal atuar em casos complexos envolvendo não apenas a falta de norma, mas a inação governamental, ampliando o escopo da proteção constitucional. No entanto, essa atuação não é irrestrita, pois o princípio da subsidiariedade exige que os demais meios processuais específicos sejam utilizados previamente, garantindo a função complementar da ADPF no sistema jurídico (Mendes 2013).

Passa-se a uma breve análise exemplificativa como as jurisprudências nessas ações tem sido objeto de evolução da postura do STF quando se trata de controlar. missão constitucional.

## 4. Casos paradigmas na jurisprudência brasileira sobre a responsabilidade quando se trata de omissão e políticas públicas

A exposição dos números, dos temas objeto de omissão e da quantidade de julgados no compilado resumido pelo próprio Supremo Tribunal Federal por si só demonstra o desafio que enfrentamos no Brasil nessa temática.

Figura 1[3]. Painel das omissões constitucionais no STF[4]

Vamos abordar alguns dos julgados envolvendo cada uma das ações anteriormente estudadas para podermos compreender o estado da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal federal.

[3] A compilação dos julgados foi realizada com apoio da ferramenta de pesquisa de jurisprudência disponível no portal do STF. Na busca, foram considerados documentos contendo menção aos termos “omissão inconstitucional”, “omissão legislativa”, “inconstitucionalidade por omissão”, “mora legislativa”, “mora do legislador”, “inércia legislativa”, “inércia do legislador”, “dever de legislar”, “lacuna inconstitucional”, “estado de inconstitucionalidade”, “estado de coisas inconstitucional”, “estado de mora inconstitucional”,“prestação legislativa”, “omissão normativa inconstitucional”, “inertia deliberandi”, “inertia agendi vel deliberandi” ou variações.

[4] Disponível em: https://transparencia.stf.jus.br/extensions/omissao_inconstitucional/omissao_inconstitucional.html. Último acesso em 15 de julho de 2025.

A discussão travada no julgamento da ADPF 45, conforme relatada pelo Ministro Celso Mello, é emblemática ao abordar a possibilidade de controle jurisdicional das políticas públicas, especialmente no que tange à omissão legislativa relacionada à implementação de normas estabelecidas pela Emenda Constitucional 29/2000, que trata do financiamento da saúde pública no Brasil. O caso, além de ser relevante para a análise da relação entre o poder legislativo e o executivo, traz à tona questões complexas sobre a responsabilização estatal por omissões constitucionais, e o papel do Supremo Tribunal Federal (STF) em situações de descumprimento de preceitos fundamentais.

No julgamento, o caso em questão envolvia um veto presidencial ao § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59) da Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO), que estabelecia diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2004, e que se referia a recursos mínimos a serem aplicados na saúde, conforme estabelecido pela EC 29/2000. A omissão decorrente do veto presidencial gerou uma controvérsia constitucional, uma vez que tal veto parecia desrespeitar os preceitos da própria Constituição, no tocante à garantia de recursos financeiros mínimos para a saúde pública. O Ministro Celso Mello, no seu relatório, apontou que a ADPF 45, apesar de se originar de uma omissão legislativa, qualifica-se como instrumento legítimo para viabilizar a concretização das políticas públicas previstas na Constituição, quando estas forem descumpridas pelas instâncias governamentais responsáveis.

O julgamento da ADPF 45 se inseriu, portanto, em uma análise sobre as dimensões política e jurídica da jurisdição constitucional exercida pelo STF, especialmente no contexto dos direitos econômicos, sociais e culturais. A Constituição, ao prever tais direitos, impõe ao Estado a obrigação de sua efetivação, o que, no caso em análise, envolvia a garantia do financiamento adequado para o setor de saúde. A omissão do legislador, ao não regulamentar adequadamente a EC 29/2000, foi considerada uma violação do dever constitucional de garantir o cumprimento dos direitos sociais, o que se configuraria, no entendimento de Celso Mello, como uma forma de violação por omissão.

A jurisprudência do STF sobre esse tema tem sido clara ao afirmar que o desrespeito à Constituição pode ocorrer tanto por ação do Poder Público, por

meio de comportamentos que violam a Constituição, como também por inércia, ou seja, pela omissão do Estado em cumprir suas obrigações constitucionais. A omissão legislativa, portanto, configura-se como uma inconstitucionalidade por omissão, que pode ser tanto total, quando nenhuma providência é adotada, quanto parcial, quando as medidas adotadas são insuficientes para garantir a efetividade dos direitos constitucionais.

Em relação à questão do controle jurisdicional sobre políticas públicas, Celso Mello foi enfático ao afirmar que, embora o STF tenha um papel importante na fiscalização e controle de omissões constitucionais, isso não deve ser confundido com a criação de políticas públicas pelo Judiciário. A função do STF, ao intervir em situações de omissão legislativa, é garantir a efetivação dos direitos constitucionais, mas não a criação de políticas públicas ou a definição das diretrizes para sua implementação. O Ministro destacou que, ao reconhecer a omissão do legislador, o STF não estaria criando uma política pública, mas, sim, cumprindo seu papel de garantir a observância da Constituição, assegurando que as normas constitucionais sejam efetivas na prática.

Essa distinção é fundamental, pois, como enfatiza o Ministro Celso Mello, o controle jurisdicional não deve ser interpretado como uma "criação" de políticas públicas, mas sim como uma ação corretiva diante da inércia do legislador ou do administrador público. Ou seja, o Judiciário, ao intervir, não deve adentrar nas questões de mérito relacionadas à formulação de políticas públicas, como a escolha dos instrumentos, a definição dos responsáveis ou a fixação de metas e objetivos. Isso seria uma função típica do Legislativo e do Executivo, e não do Judiciário.

O STF tem o papel de assegurar que as políticas públicas estejam em conformidade com a Constituição, mas não de substituí-los na definição dessas políticas. Essa análise é importante porque, embora o STF tenha a competência para intervir em casos de omissão legislativa, ele deve ter cuidado para não ultrapassar os limites de sua função, que é a de garantir a eficácia das normas constitucionais e não a de criar políticas públicas de forma ativa. O Ministro Celso Mello, em sua manifestação, deixou claro que a responsabilidade do Judiciário é de assegurar que os direitos constitucionais sejam efetivados, mas sem entrar no mérito da política pública propriamente dita.

Em síntese, o julgamento da ADPF 45 exemplifica o papel do STF no controle das omissões constitucionais, destacando a responsabilização do Estado por falhas na implementação de políticas públicas e a importância do controle jurisdicional para garantir a efetividade dos direitos previstos na Constituição. No entanto, essa intervenção do Judiciário deve ser entendida como um mecanismo corretivo, destinado a assegurar o cumprimento das normas constitucionais, sem se confundir com a criação de políticas públicas, que é uma prerrogativa dos outros poderes. O controle judicial, portanto, deve focar na responsabilização do Estado por omissões constitucionais, garantindo a integridade da ordem constitucional, mas respeitando os limites da atuação do Judiciário na formulação de políticas públicas.

Passados mais de vinte anos da decisão da ADPF 45, um caso interessante para verificarmos a mudança de postura do STF é a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 976, relatada pelo ministro Alexandre de Moraes, representa um marco importante na responsabilização do Estado por omissões administrativas, especialmente no que se refere à população em situação de rua. Essa decisão não apenas confirma a competência do Judiciário em intervir em casos de omissão estatal, mas também estabelece medidas concretas para a implementação de políticas públicas voltadas para a proteção e dignidade dessa parcela vulnerável da sociedade.

A ação foi movida pela Rede Sustentabilidade, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Teto (MTST), com a alegação de que a população em situação de rua no Brasil se encontra em condições desumanas devido a omissões estruturais dos três níveis federativos do Executivo e do Legislativo. Os autores afirmaram que a situação configura um estado de coisas inconstitucional, caracterizado por violação dos direitos fundamentais dessa população, e pediram a adoção de providências por parte do Estado. Em sua análise, o ministro Alexandre de Moraes ressaltou que, embora a Política Nacional para a População em Situação de Rua tenha sido criada em 2009, a adesão dos estados e municípios à sua implementação foi extremamente baixa, o que resultou na permanência das condições precárias de vida dessa população, configurando uma clara violação de direitos. De acordo

com os dados apresentados, até 2020, apenas cinco estados e 15 municípios haviam aderido efetivamente à política nacional, evidenciando a ineficácia das ações do poder público.

Diante dessa omissão, o STF decidiu, por meio de liminar, determinar uma série de medidas para garantir a efetividade da Política Nacional para a População em Situação de Rua e combater a negligência estatal. Entre as medidas estabelecidas, destaca-se a determinação de que o governo federal elabore, no prazo de 120 dias, um plano de ação e monitoramento para a implementação da política, incluindo a realização de um diagnóstico detalhado sobre a população em situação de rua, suas necessidades e condições, e a criação de mecanismos para monitoramento contínuo dessa população.

Além disso, o STF determinou que os estados e municípios adotem medidas para garantir a segurança e dignidade das pessoas em situação de rua dentro dos abrigos existentes, incluindo a proteção de seus bens e pertences. A decisão também proibiu práticas como o recolhimento forçado de bens, o transporte compulsório de pessoas em situação de rua e a utilização de técnicas de arquitetura hostil que possam agravar ainda mais as condições dessa população. Outro ponto relevante da decisão foi a determinação de capacitação dos agentes públicos para tratar as pessoas em situação de rua com respeito e dignidade, além da exigência de transparência nas ações de zeladoria urbana, com a divulgação prévia dos horários e locais dessas ações. Isso visa permitir que as pessoas em situação de rua tenham tempo para proteger seus pertences antes que essas ações sejam realizadas, evitando a destruição de bens e a violação da privacidade dessas pessoas. Essa decisão, além de confirmar a competência do Judiciário para atuar em casos de omissão administrativa, também impôs prazos e medidas concretas para a implementação de políticas públicas voltadas para a população em situação de rua. O STF, assim, estabeleceu obrigações claras para o governo federal e os entes federados, evidenciando a necessidade de ações efetivas para garantir os direitos dessa população. O Tribunal também demonstrou que a existência de políticas públicas por si só não é suficiente, sendo necessário que o Estado implemente as ações e direcionamento dos recursos de forma prática e contínua.

Dessa forma, a decisão na ADPF 976 revela uma intervenção do STF para assegurar a efetivação dos direitos fundamentais da população em situação de rua, exigindo a implementação de políticas públicas que, segundo o Tribunal, devem ser mais do que um compromisso normativo, mas sim uma ação concreta e monitorada.

No caso do Mandado de Injunção, temos duas situações diferentes que também demostram a evolução da jurisprudência do STF em matéria de omissão. O Mandado de Injunção nº 708 foi ajuizado por entidades sindicais representativas dos servidores públicos federais, que reivindicavam a regulamentação do direito de greve para os trabalhadores públicos. O objeto central da ação era suprir a omissão legislativa do Congresso Nacional em editar a lei que regulamenta o exercício do direito de greve previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988. Antes da Lei nº 13.300/2016, o MI tinha uma função limitada, basicamente declaratória da omissão, sem garantir medidas provisórias para concretização do direito. Com o julgamento do MI 708, o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura mais efetiva: reconheceu a omissão e, por meio da aplicaç̧o da chamada “virada hermenêutica”, concedeu efeitos concretos e provisórios à decisão, estabelecendo regras para o exercício do direito de greve dos servidores públicos até que o Legislativo edite norma específica. Essa decisão, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, usou analogicamente dispositivos da Lei nº 7.783/1989, que regulamenta a greve no setor privado, criando uma solução provisória para assegurar o direito constitucional.

Contudo, passados muitos anos da mudança de postura do STF em MI, temos um caso bastante polêmico na jurisprudência brasileira eu foi o Mandado de Injunção nº 4733 foi impetrado por associações e entidades da sociedade civil que lutavam contra a discriminação baseada na orientação sexual, buscando que o STF suprisse a omissão legislativa em tipificar a homofobia e transfobia como crimes[5]. O objeto era garantir proteção efetiva à comunidade LGBTQIA+ diante da ausência de norma penal específica. O STF, por meio do voto do Ministro Celso de Mello, decidiu equiparar a homofobia ao crime de racismo,

[5] Na verdade houve um julgamento conjunto dessa matéria que também tramitava pela ADO. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733, sendo o relator da ADO 26 foi o ministro Celso de Mello, e o relator do MI 4733 foi o ministro Edson Fachin.

baseado na Lei nº 7.716/1989, até que o Congresso Nacional edite legislação específica. Essa decisão representou um marco no reconhecimento dos direitos humanos e na proteção contra discriminações, assegurando tutela jurídica imediata, mesmo diante da omissão do Legislativo.

No plano das políticas públicas, a decisão obrigou o Estado a atuar na proteção e promoção da dignidade da população LGBTQIA+, tendo reflexos concretos nas políticas de combate à discriminação e na promoção da igualdade, sinalizando uma atuação judicial que ultrapassa a mera interpretação para efetiva promoção dos direitos fundamentais.

No caso de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a postura do Supremo era a do mero reconhecimento de declaração da inconstitucionalidade, sem de fato substituir a decisão do legislador viabilizando a concretização do direito constitucional. Contudo, também nesse tema, recentemente observamos uma importante mudança de postura, estamos falando do caso da falta de regulamentação da licença-paternidade. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 20 foi proposta por entidades sindicais e pelo Ministério Público Federal, que apontaram a ausência de norma regulamentadora que estendesse a licença-paternidade aos servidores públicos além do período mínimo previsto em lei, conforme previsto em dispositivos constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos.O objeto da ação era compelir o Poder Legislativo a regulamentar adequadamente o direito ampliando seu período e garantindo condições que respeitassem o princípio da igualdade e os direitos sociais previstos na Constituição, uma vez que até o presente momento não se regulamentou a Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT 10, caput, II, a, b, § 1º.

O STF, em decisão do Ministro Roberto Barroso, reconheceu a omissão legislativa e determinou que a União adotasse providências para regulamentar o tema, de forma a garantir licença-paternidade ampliada aos servidores públicos federais. A decisão reafirmou o papel do Tribunal na efetivação de políticas públicas sociais, obrigando a atuação do Estado para a concretização do direito à convivência familiar e proteção social, impactando positivamente as políticas de apoio à paternidade responsável e equidade de gênero no ambiente de

trabalho. A novidade é a determinação do prazo de 180 para fazê-lo sob pena do próprio STF fazer a regulamentação.

Por fim, dos casos mais emblemáticos no Brasil sobre controle de omissões em caso de políticas públicas A decisão do STF no Tema 698 da Repercussão Geral (RE 684.612) marcou um importante avanço na definição de parâmetros para o controle judicial de omissões em políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais. A Corte firmou duas teses principais: (1) “A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes”; (2) “A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcanç r o resultado” (Brasil, STF, Tema 698, RE 684.612).

O voto do relator enfatizou que o controle jurisdicional é legítimo quando houver omissão que comprometa a efetividade de direitos essenciais. O STF esclareceu que, embora o Judiciário não deva substituir escolhas técnicas e administrativas do Executivo, ele pode exigir que metas e resultados mínimos sejam atingidos e que a administração apresente os instrumentos apropriados para isso, como concursos públicos ou parcerias (Brasil, STF, Tema 698).

Assim, decidiu-se que a atuação judicial no campo das políticas públicas deve ser mediada e estruturada, indicando finalidades concretas a serem alcançadas, e com a administração responsável pela implementação operativa. A decisão é clara ao rejeitar medidas pontuais ou individuais como regra, priorizando uma exigência genérica e programática dos entes públicos. Esses parâmetros visam evitar um ativismo judicial indiscriminado, mas ao mesmo tempo garantir que omissões graves não deixem direitos fundamentais sem qualquer resposta institucional. O modelo delineado busca equilibrar a deferência à gestão administrativa com a exigência de efetividade constitucional.

A professora Vanice Regina Lírio do Valle critica essa postura, argumentando que o STF, ao *lacrar* o controle judicial –isto é, delimitar estritamente a atuação judicial ao enunciado das finalidades e ao recebimento de planos pelos entes públicos– pode acabar neutralizando a eficácia real da decisão (Valle 2023). A

tese do Tema 698 revela um problema estrutural: apesar de reconhecer a obrigação estatal e o dever judicial de atuar, ao delimitar a intervenção apenas ao nível de metas e planos, o STF mantém um recuo que favorece a manutenção da omissão administrativa. Isso ocorre porque o Judiciário não examina a viabilidade dos planos nem supervisiona sua execução concreta. Além disso, ela alerta para a fragilidade da "coisa julgada" no contexto dinâmico das políticas públicas. Finas linhas apontam que a rigidez normativa de planos fixados pode não acompanhar a evolução das condições sociais e demográficas, exigindo mecanismos de recalibragem que a tese não prevê (Valle 2023).

Embora o Tema 698 represente um avanço institucional, ao finalmente reconhecer, em sede de repercussão geral, a legitimidade do controle judicial das omissões políticas, contudo ainda falta um modelo jurídico operacional que permita verdadeira efetividade dos direitos. É preciso avançar na construção de mecanismos que garantam diálogo contínuo entre Judiciário e Executivo, com monitoramento e ajustes ao longo da implementação das políticas públicas.

## 5. Considerações finais

Em conclusão, o Brasil, ao adotar o modelo de constitucionalismo dirigente e ao estabelecer instrumentos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADIO) e o Mandado de Injunção, buscou enfrentar as omissões constitucionais e assegurar a efetivação dos direitos fundamentais. No entanto, a responsabilização do Estado, tanto no âmbito legislativo quanto executivo, permanece uma questão complexa. O ordenamento jurídico brasileiro permite a atuação de ações diretas que busquem a implementação de normas constitucionais, mas a efetividade dessas ações, por vezes, encontra obstáculos no lento ritmo da atuação do legislativo e no não cumprimento das obrigações pelo poder executivo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente em casos emblemáticos como as ADPFs, ADO e os mandados de injunção, demonstra um movimento crescente de protagonismo do Judiciário na garantia da concretização de direitos fundamentais. Esse protagonismo, embora necessário em certos contextos, levanta um debate sobre a relação entre os poderes e o

impacto de uma maior intervenção judicial na formulação e execução de políticas públicas. A atuação do STF, ao ser cada vez mais presente, pode gerar tensões, especialmente em relação ao papel do Judiciário no desenho e implementação de políticas públicas, algo que tradicionalmente é atribuído ao Legislativo e ao Executivo.

A complexidade dessas questões envolve não apenas a necessidade de um maior controle e fiscalização sobre o cumprimento das normas constitucionais, mas também o cuidado com os limites da intervenção judicial, para evitar o atravessamento indevido no processo democrático e na distribuição das funções do Estado. Assim, embora as ferramentas legais e constitucionais existam para combater as omissões, os desafios na responsabilização do Estado, especialmente nas esferas legislativa e executiva, continuam a ser um tema de grande relevância e controvérsia no cenário jurídico brasileiro.

## 6. Referências


Barroso, Luís Roberto (2009). *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Saraiva.

Barroso, Luís Roberto (2013). *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva.

Barroso, Luís Roberto (2021). *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Saraiva.

Bercovici, Gilberto (1999). *A Constituição Econômica e o Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros.

Brasil, STF - Supremo Tribunal Federal (1996). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.458 – Medida Cautelar/DF*. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20.09.1996.

BRASIL, STF - Supremo Tribunal Federal (1996). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.458 – Medida Cautelar/DF*. Rel. Min. Celso de Mello.

DJ 20.09.1996. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460. Acesso em: 24 abril 2025.

Brasil (1999a). Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Brasil (1999b). Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do §1º do art. 102 da Constituição Federal.

Brasil (2009). Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45*. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 13 out. 2009. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 1 maio 2025.

Brasil (2013). Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 2859/DF. Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 19 jun. 2013, publicado no Diário de Justiça eletrônico em 13 ago. 2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI%202859%2FDF&b=ACOR&p=true&t=&l=10. Acesso em: 1 maio 2025.

Brasil (2016). Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o mandado de injunção individual e coletivo.

Brasil (2018). Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção Coletivo (MI) - Greve dos Servidores Públicos*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 27 mar. 2018. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 1 maio 2025.

Brasil (2021). Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 976*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Julgamento: 3 mar. 2021. Disponível em: https://www.stf.jus.br. Acesso em: 1 maio 2025.

Brasil (2023). Supremo Tribunal Federal. *Tema 698: parâmetros para decisões judiciais a respeito de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais*. Recurso Extraordinário 684.612/RJ (repercussão geral), relator: Min. Luiz Fux. Julgado em: 30 jun. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/rpps/julgamentos/re-684612-

tema-698-parametros-para-decisoes-judiciais-a-respeito-de-politicas-publicas. Acesso em: 1 ago. 2025.

Canotilho, José Joaquim Gomes (2008). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.

Cunha Júnior, Dirley da (2010). *Controle jurisdicional das omissões do Poder Público: por um debate constitucional sobre a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm.

Hesse, Konrad (1991). *Escritos de Derecho Constitucional*. Tradução de Luís Roberto Barroso. São Paulo: Saraiva.

Mendes, Gilmar Ferreira (2013). *Controle de constitucionalidade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva.

Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet (2008). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.

Silva, José Afonso da (2012). *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros.

Valle, Vanice Regina Lírio do (2023). *O STF "lacrou" o controle de políticas públicas ao julgar o Tema 698?* Consultor Jurídico, São Paulo, 20 jul. 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-jul-20/interesse-publico-stf-lacrou-controle-politicas-publicas-julgar-tema-698/. Acesso em: 1 ago. 2025.

# A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA INVISIBILIDADE DA ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS[1]

Suzéte da Silva Reis[2]

## 1. Introdução

Passados cento e trinta e sete anos da abolição da escravidão no Brasil, ainda são recorrentes os casos envolvendo trabalhos forçados, jornadas exaustivas, servidão por dívida e outras situações que caracterizam o trabalho em condição análoga a de escravo conforme previsão do Código Penal Brasileiro. A exploração do trabalho humano, em condições degradantes e indignas ultrapassa, em muito, a previsão legal, e caracteriza o que atualmente se reconhece como escravidão moderna ou escravidão contemporânea.

O problema não é exclusivo do Brasil ou dos países em desenvolvimento, ainda que as condições econômicas sejam determinantes para a continuidade da exploração do trabalho humano. Ao redor do mundo pessoas são exploradas e estão em situação de trabalho forçado.

---

[1] Artigo elaborado no âmbito do Projeto de Pesquisa *O enfrentamento da escravidão contemporânea na perspectiva do trabalho digno: interlocuções com a dignidade humana e os objetivos de desenvolvimento sustentável.*

[2] Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Curso de Direito da mesma universidade. Coordenadora do Grupo de Estudos "Relações de Trabalho na contemporaneidade". Email: sreis@unisc.br

Os indicadores apontam uma certa constância dos casos que somente são revelados após a atuação dos órgãos competentes, especialmente com o resgate dos trabalhadores submetidos a essas condições. Assim, faz-se necessária uma intensificação da atuação e intervenção estatal, bem como da sociedade que pode contribuir com as denúncias envolvendo o trabalho escravo.

O presente artigo, resultado das pesquisas realizadas no âmbito do Projeto de Pesquisa *O enfrentamento da escravidão contemporânea na perspectiva do trabalho digno: interlocuções com a dignidade humana e os objetivos de desenvolvimento sustentável* tem como objetivo refletir sobre a necessidade de reconhecimento da escravidão contemporânea enquanto fator central e entrave para a concretização dos direitos humanos e fundamentais.

Não se trata de garantir apenas direitos individuais, daqueles trabalhadores ou trabalhadoras submetidas ao trabalho escravo contemporâneo, mas sim garantir o trabalho digno a todos. Nessa perspectiva, impõe-se a proteção dos direitos difusos e coletivos, objetivando não apenas a reparação dos danos causados, mas também a prevenção e a garantia do trabalho decente.

## 2. Escravidão contemporânea: conceituação jurídica

Abolida formalmente no Brasil em 1888, a escravidão ainda persiste no Brasil, assim como no mundo. Estimava-se, em 2024, que cerca de 49,6 milhões de pessoas no planeta estejam submetidas à escravidão moderna, o que representa uma a cada 150. O Relatório Lucros e Pobreza: aspectos econômicos do trabalho forçado divulgado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em março de 2024, revelam que o trabalho escravo tem gerado lucros de US$ 236 milhões por ano na economia privada.

No Brasil, o Código Penal, em seu art. 149, prevê os elementos que caracterizam a redução de um ser humano à condição análoga à de escravo: a submissão a trabalhos forçados ou a jornadas exaustivas, a sujeição a condições degradantes de trabalho e a servidão por dívida.

- Jornada exaustiva: envolve as violações trabalhistas como impedimento do gozo do descanso semanal, férias, extensiva carga horária de trabalho,

fazendo com que o trabalhador fique boa parte de seu tempo à disposição dos empregadores.

- Submissão ao trabalho forçado: ocorre quando o trabalhador ou a trabalhadora são impedidos ou limitados ao convívio social e comunitário, podendo acontecer pelo cerceamento ou controle das saídas, do contato telefônico ou por redes sociais com amigos ou parentes[3].

- Condições degradantes de trabalho: atingem principalmente àqueles que vivem no local onde trabalham. Costumam caracterizar-se pela precariedade das instalações, falta de acesso à água ou alimentação de qualidade, local adequado para deixar seus objetos pessoais ou para repouso, sem eletricidade ou ventilação apropriados.

- Servidão por dívida: se caracteriza quando o empregador oferece casa e comida em troca do serviço prestado, quando o trabalhador deixa de receber salário por estar recebendo algum auxílio ou benefício, ou usa sua renda para pagar contas dos empregadores, emprestá-los ou até comprar comida e outros produtos para a casa.

A redução da pessoa à condição análoga à de escravo é uma das formas mais violentas e que afrontam o princípio constitucional basilar, que é a dignidade humana.

Ao longo da história, o trabalho escravo esteve presente em diversas economias e, muito mais do que um sistema econômico, a escravidão:

> *(…) moldou condutas, definiu desigualdades socias, fez de raça e cor marcadores de diferenças fundamentais, ordenou etiquetas de mando e obediência (…)* (Schwarcz 2019: 27-28).

E a escravidão foi se naturalizando, fazendo parte do contexto econômico e social. Passado mais de um século, essa concepção ainda é muito presente, sob a justificativa de que as vítimas do trabalho escravo estão habituadas à

[3] A OIT (Organização Internacional do Trabalho) define trabalho forçado como situações em que as pessoas são coagidas a trabalhar através de violência, intimidação, servidão por dívidas, retenção de documentos ou ameaças de denúncia às autoridades.

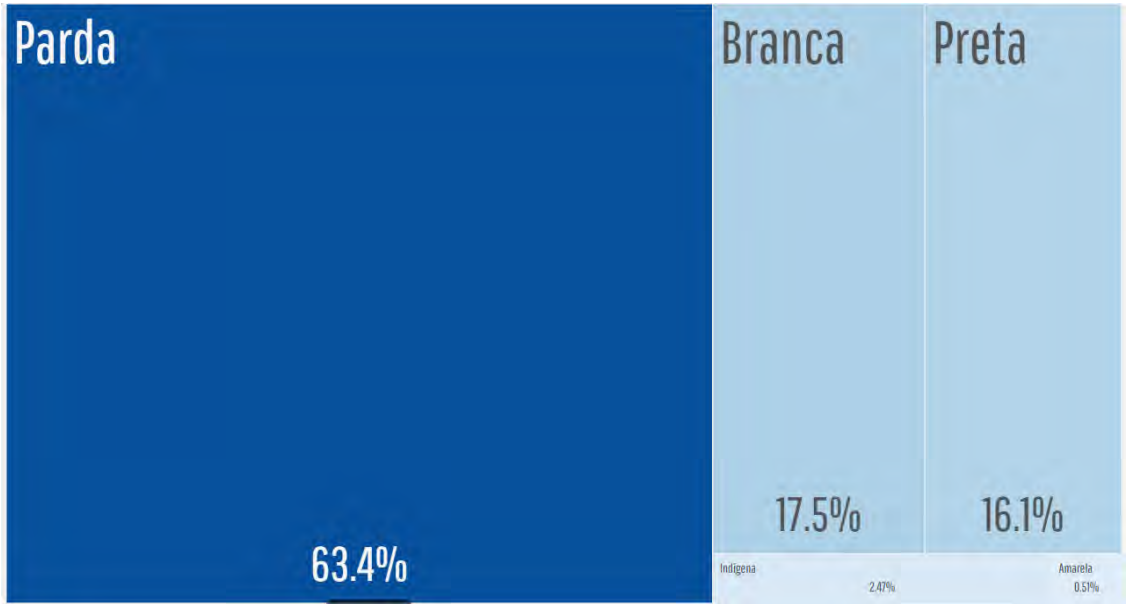
condições precárias de vida e de trabalho. Com isso, tem-se como natural a segregação, a exploração e a agressão ao trabalho humano (Cavalcanti 2016).

E é essa concepção que precisa ser superada, pois a escravidão moderna difere apenas em sua forma da escravidão tradicional. A exploração e a degradação do trabalho continuam os mesmos, porém sob diferentes formas.

### 3. A invisibilidade do trabalho escravo contemporâneo

Um dos maiores desafios para o combate à escravidão contemporânea reside na sua invisibilidade, que pode ser traduzida na dificuldade de identificação e reconhecimento das situações de exploração do trabalho forçado. Isso ocorre porque o perfil das vítimas não se encaixa nos estereótipos tradicionais e a exploração do trabalho forçado se dá em locais não convencionais.

Em primeiro lugar, o perfil das vítimas não está mais associado aos prisioneiros de guerra ou pessoas com dívidas, tampouco com a escravidão de negros. No Brasil, o perfil das vítimas resgatadas em situação de trabalho escravo quanto a raça, no período entre 2014 e 2024 está assim distribuído:




Fonte: Bancos de dados do Seguro-Desemprego do Trabalhador Resgatado, do Sistema de Acompanhamento do Trabalho Escravo (SISACTE) e do Sistema COETE (Controle de Erradicação do Trabalho Escravo).

Do total de resgatados no período, 10.063 pessoas, que representa 63,4% eram pardos 2.785 pessoas, representando 17,5% eram brancos; 2.562, que representa 16,1% eram negros; 393 pessoas, representando 2,4% eram indígenas e 81 pessoas, representando 0,5% eram amarelas.

Diferente do que se tinha antes da abolição da escravidão, onde os escravos eram negros, atualmente percebe-se que o critério raça não é determinante para a configuração dessa forma de exploração do trabalho humano. O mesmo ocorre em relação aos locais de exploração do trabalho escravo. Atualmente, ele ocorre tanto no âmbito rural quanto urbano, ainda que o maior número permaneça na área rural: 56% dos resgatados exerciam atividades agropecuária em geral.

Apenas a título exemplificativo, o gráfico abaixo apresenta os setores econômicos com maior incidência de trabalho escravo na última década:

Resgatados do Trabalho Escravo por Setores Econômicos

| Setor Econômico | Total de Resgatados | Smartline (2014 a 2024) | Ano de Pico | Número de Anos de Incidência (2014-2024) | Número de Anos de Incidência (2020-2024) | Ano 2023 | Ano 2024 | Variação (2023-2024) |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Cultivo de plantas de lavoura temporária não especificadas anteriormente | 1.398 | 37 … 359 | 359 (2024) | 11 | 5 | 212 | 359 | +69,3% |
| Construção de edifícios | 1.203 | 260 … 293 | 293 (2024) | 11 | 5 | 140 | 293 | +109,3% |
| Cultivo de café | 2.039 | 195 … 226 | 316 (2023) | 11 | 5 | 316 | 226 | -28,5% |
| Atividades de apoio à agricultura | 1.051 | 4 … 140 | 372 (2023) | 9 | 5 | 372 | 140 | -62,4% |
| Horticultura | 122 | 0 … 84 | 84 (2024) | 5 | 4 | 13 | 84 | +546,2% |
| Produção florestal - florestas plantadas | 1.206 | 60 … 73 | 253 (2022) | 11 | 5 | 128 | 73 | -43% |

Na área urbana, a construção civil, fábricas de álcool, confecção e trabalho doméstico, dentre outros, exploram o trabalho forçado. Especialmente na confecção, há um número significativo de trabalhadores em condição de trabalho análogo ao de escravo ou em situação de extrema precarização e nesse segmento, há a questão de gênero, que precisa ser destacada, pois cerca de 70% são mulheres, sendo que quase 60% delas trabalham na informalidade, o que as torna invisíveis para as políticas públicas. As jornadas de trabalho

costumam ultrapassar as catorze horas por dia e a remuneração é inferior aos limites estabelecidos pela legislação.

Outro grupo vulnerável, também formado majoritariamente por mulheres, é o dos trabalhadores domésticos. Tal situação é resultado da herança colonial, que perpetua a exploração do trabalho, muitas vezes sem remuneração e com restrição de liberdade e que ocorre na invisibilidade dos domicílios.

## 4. A promoção do trabalho decente

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável n.08 busca a promoção do crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos. Em seus desdobramentos, no item 8.7, tem-se como objetivo:

> *Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas, e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas.*

Assegurar trabalho em condições decentes é a forma de proporcionar os direitos que decorrem do atributo que é próprio da pessoa, que é a dignidade. Quando se fala em redução à condição análoga à de escravo, é imperioso considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana foi violado, porque não há trabalho decente se a pessoa é reduzida a essa condição (Brito Filho 2004).

Na mesma senda, Cavalcanti (2013: 2) acrescenta:

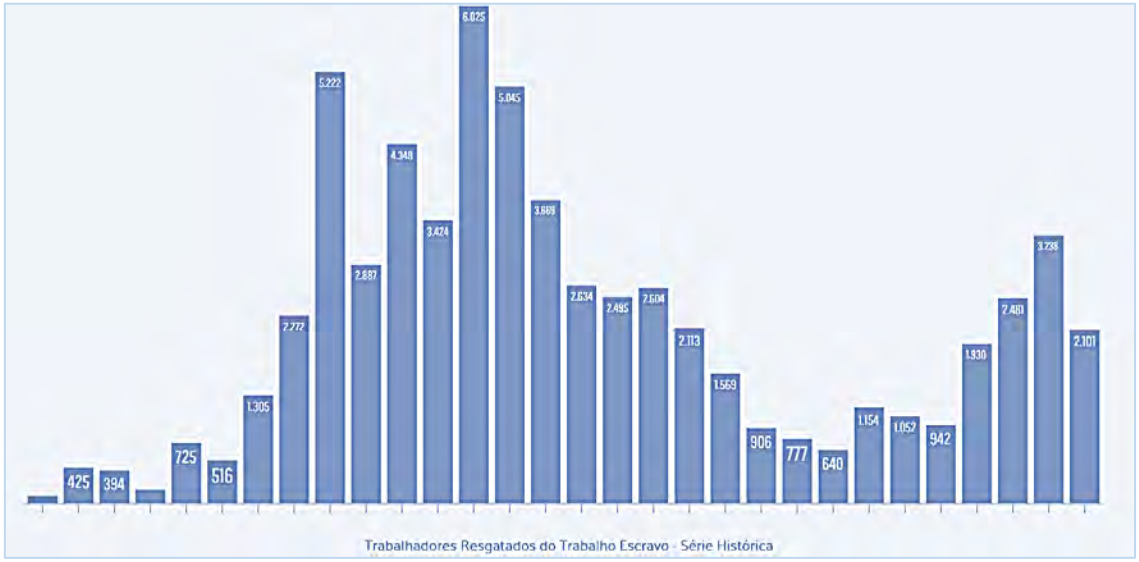
> *(…) o bem jurídico tutelado pelo trabalho escravo se transmudou na sua acepção contemporânea. Atualmente, não mais se exige a presença de instrumentos restritivos da liberdade, como práticas usuais de outrora, mas condições aviltantes à dignidade da pessoa trabalhadora provenientes da disparidade socioeconômica entre vítima e escravocrata moderno. A dignidade humana passou a ser, portanto, o bem jurídico protegido pelo crime de redução à condição*

*análoga à de escravo, podendo ser atingida –inclusive, e não apenas– pela restrição da liberdade de ir e vir.*

Para alcançar o ODS 8, a Organização das Nações Unidas considera que é necessário a promoção de políticas para manutenção do crescimento econômico, conforme a realidade e circunstâncias de cada estado nacional, elevando o crescimento do PIB em pelo menos 7% ao ano, além de alcançar níveis mais altos de produtividade econômica, a partir da diversificação, atualização tecnológica e inovação.

Dentre as metas fixadas para 2030, destacam-se o emprego pleno e produtivo e o trabalho decente, para todas as mulheres e homens, incluindo jovens e pessoas com deficiência, com a garantia de igual remuneração para trabalho de igual valor e erradicar o trabalho forçado e infantil, com a proteção dos direitos trabalhistas.

Entretanto, os indicadores apresentados no gráfico abaixo, sinalizam a necessidade de intensificar esforços, de modo urgente:




Fonte: Ministério do Trabalho e Emprego Tratamento e análise: SmartLab

O alcance das metas dependerá das políticas adotadas em âmbito nacional, que incluem a identificação do trabalho forçado ou trabalho precário, a atuação do estado no sentido de fiscalizar e coibir tais práticas e a promoção de políticas públicas de promoção do trabalho decente.

No Brasil, a legislação tem avançado, ainda que em descompasso com as ações. A Lei n. 13.344 alterou o Código Penal, inserindo o art. 194-A, que trata do crime do tráfico de pessoas, definindo-o como a conduta de agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; submetê-la a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal; ou exploração sexual.

No mesmo Código Penal, outros crimes relacionados ao trabalho escravo estão previstos no art. 203, que descreve a conduta de frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho, inclusive obrigando ou coagindo alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida, ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais. Tal conduta caracteriza a servidão por dívida.

Outro dispositivo importante é o art. 207 do Código Penal, que prevê o crime de aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional. Esse aliciador é uma figura importante no ciclo do trabalho escravo, especialmente no meio rural.

Portanto, o arcabouço legal brasileiro, somado à proteção internacional assegurada por diversos instrumentos, com ênfase nas Convenções nº. 29 e n. 105, da Organização Internacional do Trabalho, que determinam que os países membros se comprometam a erradicar o trabalho forçado ou obrigatório, definido como todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade, oferece suporte para a superação do trabalho forçado e o fortalecimento do trabalho decente.

A ideia de trabalho decente está assentada em quatro aspectos: forma de expressar o objetivo fundamental da Organização Internacional do Trabalho em linguagem corrente; meta global que integra as prioridades de todos os membros da Organização, incluindo trabalhadores, empregadores e governos e sobre a qual se pretende construir um consenso; conceito integrado, a partir do qual se

pretende analisar e entender melhor o impacto de aspectos específicos do trabalho da Organização Internacional do Trabalho e, por fim, um meio de organizar e administrar o trabalho da Organização (Rodgers et al 2009).

Louis (2011) por sua vez, defende que a noção de trabalho decente surgiu não apenas no contexto de reorganização da Organização Internacional do Trabalho, mas no momento que a autora denominou de multilateralismo social, porque o trabalho decente tem a capacidade de ligar temas transnacionais a sociedade civil, aprofundando o diálogo e consolidando a solidariedade entre uma organização internacional e diferentes organizações da sociedade civil.

Nesse sentido, Brito Filho (2023) alerta que o trabalho decente deve ser analisado como um conjunto mínimo de direitos que corresponda à existência de um trabalho com igualdade, que seja exercido sob condições justas, remuneração digna, com o intuito de proteger a saúde e a segurança.

De forma sintética, pode-se dizer que a concepção de trabalho decente está vinculada a um conteúdo que congrega diretrizes que orientam no sentido de que é necessário o respeito aos direitos fundamentais nas relações de trabalho, abolindo-se o trabalho escravo e o trabalho infantil, além da adoção de medidas para geração de emprego de qualidade, ampliação da proteção social (Beltramelli Neto e Voltani 2019).

Portanto, a partir dos conceitos de trabalho escravo contemporâneo e trabalho decente, aliados aos instrumentos jurídicos protetivos, nacionais e internacionais, é preciso que a atuação dos governos, e também da sociedade civil, seja intensificada, garantindo-se a proteção dos direitos fundamentais.

## 5. A proteção dos direitos difusos e coletivos

O trabalho forçado, ou em condições análogas à de escravo, se caracteriza quando o trabalhador trabalha em condições que afrontam ou violam a sua dignidade, com riscos à saúde, segurança e à sua própria vida. Em alguns casos, há restrição de locomoção, com vigilância ostensiva e ameaças e intimidações constantes, além das jornadas exaustivas (Lacerda, Ferreira e Oliveira 2018).

Configura-se então a violação dos direitos difusos e coletivos, pois a escravidão contemporânea alcança um coletivo de pessoas, que somente são identificadas após as ações de resgate. Os direitos difusos são importantes porque garantem que a sociedade como um todo possa usufruir de bens jurídicos fundamentais e que as práticas lesivas a esses direitos sejam combatidas.

A defesa dos direitos difusos é essencial para a proteção da dignidade humana e o desenvolvimento social e poderá ser exercida pelo Ministério Público do Trabalho, que tem um dos meios de colocar em prática e dar efetividade à proteção dos trabalhadores e ao combate da exploração do trabalho em condições análogas à de escravo.

Sua atuação pode se dar por meio dos inquéritos civis, enquanto mecanismo administrativo de investigação, e das ações civis públicas, quando comprovados os atos lesivos aos interesses transindividuais. O inquérito civil é um procedimento investigatório que ocorre a partir de uma denúncia ou de suspeita de violação de direitos trabalhistas, no qual se busca fazer a coleta de provas e de informações para determinar se há ou não irregularidades, assim como apurar responsabilidades. O inquérito pode culminar em uma Ação Civil Pública, que é uma ação judicial proposta pelo Ministério Público do Trabalho, com o objetivo de defender direitos e interesses coletivos e obter decisões judiciais que garantam a reparação dos danos causados aos trabalhadores. Tais ações podem buscar também a reparação por danos extrapatrimoniais coletivos, assim como implementar medidas de combate ao trabalho escravo.

Nos últimos quatro anos, foram firmados pelo Ministério Público do Trabalho1.728 termos de ajuste de conduta (TAC) para combater o trabalho escravo e o tráfico de pessoas, além de garantir direitos de trabalhadores resgatados. No mesmo período, foram ajuizadas 360 ações civis públicas sobre o tema (Agência Brasil 2025).

Outra medida importante é a criação do Disque 100, pela Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos que registrou, no ano de 2023, 3.959 mil casos relacionados às condições de trabalho análogo à escravidão, que resultaram no resgate de 1.273 pessoas em condição análoga à de escravo, entre os meses de janeiro e novembro de 2024 (Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania 2025).

Essa medida é crucial para a erradicação do trabalho escravo contemporâneo. A partir das denúncias, tanto o Ministério do Trabalho e Emprego quanto o Ministério Público do Trabalho pautam a sua atuação.

No ano de 2023, a atuação da Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego fiscalizou 2.849, que resultou na formalização de 38.985 trabalhadores. A partir da denúncia de situações de trabalho escravo ou de condições degradantes, a ampliação na fiscalização pode gerar efeitos benéficos no combate à escravidão contemporânea.

Um instrumento importante é a chamada *lista suja*, que é um documento público com o nome dos empregadores que submeteram trabalhadores ao trabalho escravo, divulgado semestralmente pelo Ministério do Trabalho, que tem por objetivo dar visibilidade aos resultados da fiscalização. Os nomes dos empregadores somente são adicionados ao cadastro após a conclusão do processo administrativo que julgou o caso, com o trânsito em julgado da decisão e permanecem na lista por um período de dois anos.

De forma alternativa, para excluírem o nome da lista antes dos dois anos ou mesmo para evitar a inclusão na lista, os empregadores podem firmar um termo de ajustamento de conduta (TAC), comprometendo-se a indenizar as vítimas no valor de vinte salários mínimos e investir em programas de assistência aos trabalhadores resgatados.

A última lista, divulgada em abril de 2025, contém 745 nomes, tendo sido incluídos 176 novos nomes em relação à ultima lista, publicada em outubro de 2024. Dentre os novos incluídos, estão 18 empregadores domésticos (Ministério do Trabalho e Emprego 2025).

As atividades econômicas com o maior número de empregadores inclusos na lista foram: Criação de bovinos (21); Cultivo de café (20); Trabalho doméstico (18); Produção de carvão vegetal (10); Extração de minerais diversos (7).

Os segmentos econômicos são os mais diversos e as áreas geográficas do país são as mais diferentes, porém o padrão de exploração do trabalho humano em condições degradantes e indignas se repete, ano após ano, o que exige um esforço conjunto para a sua erradicação.

## 6. Considerações finais

A erradicação do trabalho escravo contemporâneo não é tarefa simples, em razão da complexidade que envolve o tema. A iniciar pelo próprio reconhecimento do trabalho escravo, que muitas vezes é invisibilizado.

No caso brasileiro, as vastas extensões territoriais são um dos fatores que dificultam ações mais efetivas de fiscalização nas áreas rurais. Já nas áreas urbanas, apesar de menores em termos geográficos, a exploração do trabalho se dá em indústrias, construção civil e no âmbito doméstico, todas escondidas sob o manto da invisibilidade.

Um passo importante é desvelar essas práticas, reconhecendo que a escravidão contemporânea está presente nos dias atuais, ainda que formalmente tenha sido abolida em 1888. A exploração do trabalho humano, em condições degradantes, com jornadas exaustivas, remuneração baixa ou inexistente, com restrição de mobilidade, configuram a escravidão contemporânea.

E essa forma de trabalho viola os direitos fundamentais e humanos. Não se trata de precarização do trabalho tão somente, mas de condições indignas e que atentam a integridade física e mental dos trabalhadores. A exploração dessa forma de trabalho impede o alcance do Objetivo 8 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que reconhecem o trabalho digno e decente como condições essenciais para todo e qualquer trabalhador ou trabalhadora.

Para que possa ser erradicado, o trabalho escravo precisa de visibilidade, seja pelos governos seja pela sociedade. A partir do reconhecimento do mesmo, enquanto afronta a legislação, aos direitos fundamentais e a dignidade, as ações de combate e erradicação podem se consolidar.

A prática de fiscalização e atuação estatal é fundamental para combater a exploração do trabalho humano, assim como a aplicação de sanção aos empregadores. A falta de punibilidade, aliada aos demais fatores, contribui para a perpetuação dessa prática.

## 7. Referências


Agência Brasil (2025). *Em quatro anos, MPT firma 1.728 acordos para combater trabalho escravo.* Janeiro, 2025. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2025-01/em-quatro-anos-mpt-firma-1728-acordos-para-combater-trabalho-escravo. Acesso em: 24 maio 2025.

Beltramelli Neto, Silvio; Voltani, Júlia de Carvalho (2019). Investigação histórica do conteúdo da concepção de Trabalho Decente no âmbito da OIT e uma análise de sua justiciabilidade. *Revista de Direito Internacional*, vol.16, núm.1.

Brito Filho, José Cláudio Monteiro de (2004). Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana. *Genesis*: *Revista de Direito do Trabalho*, 137, pp.673-682.

Brito Filho, José Cláudio Monteiro de (2023). *Trabalho Decente*: *análise jurídica da exploração do Trabalho. Trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno.* São Paulo: LTr.

Cavalcanti, Tiago Muniz (2013). Trabalho escravo na moda: os grilhões ocultos da elite brasileira. *Repórter Brasil*, 26 nov. 2013. Disponível em: https://reporterbrasil.org.br/2013/11/os-grilhoes-ocultos-da-elite-brasileira. Acesso em: 25 abr. 2025.

Cavalcanti, Tiago Muniz (2016). *Neoabolicionismo e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr.

Lacerda, Clara; Ferreira, Laura; Oliveira Paula (coord.) (2018). Um olhar Contemporâneo do Trabalho escravo: a Luta Continua. Em *Trabalho escravo contemporâneo "desafios e perspectivas".* São Paulo: LTR.

Louis, Marieke (2011). *L'Organisation Internacionale du Travail et le travail décent: una agenda social pour le multilateralisme.* Paris: L'Harmattan.

Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania (2025). No 28 de janeiro, Direitos Humanos detalha ações voltadas à erradicação do trabalho escravo no país. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2025/janeiro/no-28-de-janeiro-direitos-humanos-detalha-acoes-voltadas-a-erradicacao-do-trabalho-escravo-no-pais. Acesso em: 22 maio 2025.

Ministério do Trabalho e Emprego (2025). MTE atualiza Cadastro de Empregadores que submeteram trabalhadores a condições análogas à escravidão. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2025/abril/mte-atualiza-cadastro-de-empregadores-que-submeteram-trabalhadores-a-condicoes-analogas-a-escravidao. Acesso em: 24 maio 2025.

Rodgers, Gerry; Lee, Eddy; Sweston, Lee; Daele, Jasmien Van (2009). *La Organización Internacional del trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*. Genebra: OIT.

Schwarcz, Lilia Moritz (2019). *Sobre o autoritarismo brasileiro.* São Paulo: Companhia das Letras.

# FEDERALISMO E GOVERNANÇA MULTINÍVEL: AUTONOMIA E COOPERAÇÃO ENTRE ENTES FEDERADOS

Ricardo Hermany[1]

## 1. Introdução

O modelo federativo brasileiro, consagrado na Constituição de 1988, atribui autonomia política, administrativa e financeira à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Entretanto, essa autonomia se vê continuamente tensionada por práticas institucionais que, na realidade, contradizem o ideal cooperativo do federalismo, especialmente no que se refere à repartição de competências e à execução de políticas públicas descentralizadas. O problema central desta pesquisa consiste em compreender em que medida a governança multinível e a recente Emenda Constitucional nº 128/2022 podem contribuir para superar os desequilíbrios estruturais do pacto federativo brasileiro, especialmente no que diz respeito à autonomia financeira dos entes subnacionais.

[1] Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado/Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003), com doutorado sanduíche na Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999). Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas - UNISC, no Brasil. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios - CNM. Atua em redes de pesquisa nacionais e internacionais voltadas ao fortalecimento da administração pública e do direito local, com destaque para a RAICA - Rede Acadêmica Internacional de Controle da Administração, a AEDREL - Associação de Estudos de Direito Regional e Local, e o IDARGS - Instituto de Direito Administrativo do Rio Grande do Sul, por meio das quais tem promovido cooperação acadêmica, eventos científicos e publicações conjuntas com pesquisadores do Brasil, Europa e América Latina. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8520-9430. E-mail: hermany@unisc.br.

Parte-se da hipótese de que a adoção de mecanismos de governança multinível e a vedação constitucional à transferência de encargos financeiros sem contrapartida, promovida pela EC 128, representam avanços normativos e institucionais importantes, mas ainda insuficientes para corrigir as assimetrias históricas do federalismo fiscal brasileiro. Para testar essa hipótese, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, que parte da formulação teórica do problema e da hipótese e os confronta com a análise normativa e institucional do caso brasileiro. O procedimento monográfico é aplicado com foco na experiência federativa brasileira e na interpretação da EC 128, e a técnica de pesquisa adotada é bibliográfica e documental, com base em doutrina, legislação, dados institucionais e material teórico sobre federalismo e governança.

O primeiro ponto de análise trata do papel do Município como ente federado e da centralidade do princípio da subsidiariedade na arquitetura constitucional brasileira. A elevação dos Municípios à categoria de entes federativos autônomos, consagrada pela Constituição de 1988, reformulou a lógica de organização estatal no país e passou a exigir uma nova compreensão da divisão de competências e responsabilidades. O princípio da subsidiariedade, ao orientar a alocação de funções públicas ao nível mais próximo do cidadão, reforça a importância dos entes locais e impõe a necessidade de dotá-los de meios adequados para a execução de suas atribuições.

Na sequência, o texto analisa a governança multinível como alternativa ao federalismo hierárquico tradicional, a partir das contribuições teóricas de Gary Marks, Liesbet Hooghe e outros autores que observam a transição dos modelos piramidais para arranjos em rede, mais flexíveis e inclusivos. No contexto brasileiro, esse modelo permite superar limitações impostas pela rigidez constitucional, criando espaços colaborativos e inovadores de gestão pública entre União, Estados e Municípios, sobretudo em políticas de saúde, meio ambiente e infraestrutura. Ainda assim, essa transição é marcada por tensões, sobreposições normativas e um déficit democrático que fragiliza a efetividade desses mecanismos.

O terceiro ponto aborda a questão do financiamento das políticas públicas e a Emenda Constitucional nº 128/2022, examinando sua origem, conteúdo e potencial transformador no campo do federalismo fiscal. A norma consagra a

vedação da imposição de encargos financeiros aos entes federados sem a correspondente previsão orçamentária ou transferência de recursos. Esse avanço se alinha ao princípio da responsabilidade fiscal e da cooperação federativa, buscando corrigir práticas recorrentes de centralização decisória com descentralização executiva. Contudo, a ausência de regulamentação específica, os riscos de manipulação política e a permanência de assimetrias arrecadatórias entre os entes indicam que os efeitos da EC 128, embora promissores, são limitados.

Por fim, as considerações finais retomam as principais conclusões da pesquisa, reiterando a relevância da governança multinível e da EC 128 como instrumentos de aprimoramento do pacto federativo brasileiro, ao mesmo tempo em que apontam para a necessidade de reformas estruturais mais profundas, sobretudo no campo tributário, para garantir a efetividade da autonomia federativa e a promoção de um federalismo mais democrático, cooperativo e equitativo.

## 2. O Município como Ente Federado e o Princípio da Subsidiariedade

A gênese do federalismo brasileiro remonta à Proclamação da República em 1889, evento que rompeu radicalmente com a tradição unitária do período imperial (1822-1889). Sob influência do modelo norte-americano, os constituintes de 1891 estabeleceram os Estados como entes autônomos, porém relegando os municípios à condição de meras subdivisões estaduais. Esse desenho inicial sofreu sucessivas transformações ao longo do século XX, culminando na revolução federativa da Constituição de 1988, que elevou os municípios à categoria de entes federativos primários, consagrando o modelo tripartite (União, Estados, Municípios).

A essência desse arranjo constitucional manifesta-se através de quatro pilares fundamentais. Primeiramente, a descentralização política com repartição de competências opera como antídoto contra a concentração de poder. O sistema distribui atribuições conforme critérios de escala e interesse: à União reservam-se matérias de alcance nacional (defesa, moeda, diretrizes educacionais - Art. 21 e 22 CF/88); aos Estados competências regionais (polícia civil, organização judiciária - Art. 25 §2º); e aos Municípios questões de impacto local (transporte

urbano, zoneamento, saúde básica - Art. 30). Essa engenharia assegura que decisões sejam tomadas no nível governamental mais próximo do cidadão, princípio que posteriormente seria reforçado pela doutrina da subsidiariedade.

Em segundo plano, a Constituição rígida desempenha papel de "guarda da federação", conforme estabelecido no Art. 60 §4º, que protege cláusulas pétreas contra emendas tendentes a abolir a forma federativa de Estado. Essa rigidez garante estabilidade ao sistema ao blindar: a) a autonomia dos entes; b) o pacto de repartição tributária (Arts. 157-162 CF/88); e c) o núcleo essencial de competências legislativas. Não por acaso, o Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento de que normas infraconstitucionais que violem a repartição federativa de competências são inconstitucionais (RE 460.320).

A terceira característica nuclear - a auto-organização dos entes federados - concretiza-se em três dimensões: (i)Auto-organização: Estados elaboram Constituições Estaduais (respeitados os princípios nacionais), enquanto Municípios aprovam suas Leis Orgânicas (Art. 29 CF/88); (ii) Autogoverno: Eleições diretas para governadores, prefeitos e legislativos locais; (iii) Autoadministração: Gestão de pessoal, organização de serviços públicos e arrecadação tributária própria.

Finalmente, a proibição constitucional de secessão materializa o princípio da "indissolubilidade do pacto federativo" (Art. 1º CF/88). Ao negar qualquer direito de fragmentação territorial, a Constituição estabelece mecanismos corretivos como a intervenção federal (Art. 34) - instrumento excepcional que permite à União suspender temporariamente autonomias estaduais ou municipais para preservar a integridade nacional, a ordem pública ou as finanças locais.

Complementando essa arquitetura, destaca-se o papel do Senado Federal como órgão representativo dos Estados, onde cada unidade federativa possui três representantes independentemente de seu tamanho populacional, garantindo equilíbrio na representação dos interesses regionais. Essa simetria federativa, contudo, convive com tensões permanentes decorrentes das assimetrias econômicas entre regiões - paradoxo que a governança multinível buscará mitigar, como se verá adiante.

Nesse sentido, A arquitetura federativa brasileira, consagrada no Art. 1º da Constituição de 1988, configura-se como um sistema de governança multinível integrada, no qual a União, os Estados e os Municípios atuam como entes autônomos, porém harmonicamente articulados. Cada esfera desempenha funções específicas e complementares, criando um equilíbrio único no direito comparado. A União emerge como a entidade agregadora da federação, exercendo dupla função essencial: primeiro, como representante externa da soberania nacional, gerindo relações internacionais, defesa territorial e política monetária; segundo, como coordenadora das políticas de interesse comum (Art. 21 CF/88), definindo diretrizes nacionais em áreas como educação, saúde e infraestrutura interestadual. Seu papel normativo central é incontornável – compete-lhe legislar sobre matérias exclusivas (como direito civil e penal, conforme Art. 22) e concorrentes com os Estados (Art. 24), assegurando unidade jurídica sem suprimir as diversidades regionais.

Em interface direta com a União, os Estados-membros operam como governos regionais, dotados de competências estratégicas para moldar políticas adaptadas às realidades locais. Constitucionalmente (Art. 25, §2º), organizam-se por meio de Constituições Estaduais próprias (respeitados os princípios nacionais), gerenciando áreas críticas como segurança pública, organização judiciária e preservação ambiental. Sua autonomia permite, por exemplo, que um Estado como o Amazonas implemente políticas de proteção da Amazônia distintas das adotadas no Rio Grande do Sul, atendendo a necessidades ecológicas e sociais específicas. Além disso, atuam como mediadores entre a União e os Municípios, repassando recursos e fiscalizando o cumprimento de normas federais.

Na base do sistema, os Municípios (reconhecidos como entes federativos primários desde 1988) materializam o princípio da proximidade governamental. Como unidades político-administrativas essenciais (Art. 1º, CF/88), respondem diretamente às demandas cotidianas da população, gerindo serviços como saúde básica, educação infantil, transporte urbano e planejamento territorial (Art. 30). Sua autonomia manifesta-se na tríplice capacidade de: auto-organização (elaboração de Leis Orgânicas locais), autogoverno (eleição direta de prefeitos e vereadores) e autoadministração (gestão tributária e execução

orçamentária). Essa estrutura garante que políticas públicas sejam moldadas conforme realidades locais - um município litorâneo como Florianópolis, por exemplo, legisla sobre turismo e proteção costeira, enquanto um município industrial como São Bernardo do Campo foca em regulação trabalhista e infraestrutura fabril.

A interação entre esses três níveis não é hierárquica, mas cooperativa, operando por mecanismos de coordenação como consórcios intermunicipais e comissões tripartites. Contudo, tensões persistem, especialmente na repartição de recursos: enquanto a União concentra 57% da arrecadação tributária (dados do Tesouro Nacional, 2023), Estados e Municípios dependem de transferências constitucionais (FPM, FPE) para financiar políticas, criando assimetrias que a Emenda Constitucional nº 128/2022 busca mitigar ao proibir a transferência de encargos sem contrapartida financeira. Essa arquitetura tripartite, portanto, é dinâmica – equilibra autonomia e interdependência, conformando um laboratório vivo de governança multinível que reflete o *ethos* federativo brasileiro: plural, complexo e em constante evolução.

## 3. A Governança Multinível como Alternativa ao Federalismo Tradicional

A evolução do federalismo brasileiro revela a insuficiência dos modelos puramente hierárquicos diante de desafios complexos como desigualdades regionais, políticas ambientais transfronteiriças e crises sanitárias. É nesse contexto que a governança multinível emerge como paradigma transformador, transcendendo a lógica rígida de competências constitucionais para estabelecer redes colaborativas entre entes federados, sociedade civil e atores internacionais. Esse modelo –cuja origem remonta aos estudos de Gary Marks sobre a União Europeia nos anos 1990– redefine radicalmente a gestão pública ao substituir pirâmides de poder por sistemas de interação flexível.

O federalismo tradicional, estruturado em hierarquias fixas (União > Estados > Municípios), mostra-se incapaz de gerir externalidades multiescalares - como uma crise hídrica que afeta simultaneamente municípios (abastecimento local), estados (gestão de bacias) e a União (política nacional de recursos hídricos). Paralelamente, falha em incorporar atores não estatais (universidades, ONGs,

setor privado) na construção de políticas, limitando a inovação. Foi justamente para superar essas lacunas que a governança multinível ganhou espaço, fundamentando-se em três pilares centrais: a coordenação entre níveis de poder sem subordinação rígida, a sobreposição de jurisdições temáticas e o princípio da subsidiariedade, que assegura a alocação de competências ao ente mais adequado (não necessariamente o superior).

Na prática brasileira, essa transição manifesta-se em arranjos como os consórcios intermunicipais, onde municípios vizinhos compartilham serviços de saneamento ou saúde, ignorando fronteiras estaduais. Ou nas câmaras técnicas tripartites que reúnem União, Estados e Municípios para pactuar políticas como o SUS, onde decisões nascem de negociação - não de imposição hierárquica. Conforme Hooghe & Marks, esses mecanismos operam em dois eixos complementares: o Tipo I mantém a estrutura federativa constitucional (União-Estados-Municípios), enquanto o Tipo II cria redes flexíveis para problemas específicos (ex.: consórcio da Amazônia Legal para combate ao desmatamento).

Os resultados são tangíveis: a governança multinível permite gerir externalidades em múltiplas escalas, como quando municípios litorâneos se articulam com estados e Marinha para monitorar derramamentos de óleo; estimula inovação ao permitir que um município teste políticas depois replicadas nacionalmente (ex.: Bolsa Família, inspirado em experiências locais); e democratiza decisões através de conselhos municipais com participação comunitária. Não obstante, persistem desafios, como a tensão entre autonomia municipal e a dependência de transferências financeiras - problema que a EC 128/2022 busca enfrentar ao vedar a imposição de encargos sem contrapartida orçamentária.

Essa transformação não significa o fim do federalismo, mas sua reinvenção como sistema dinâmico. Ao conciliar a solidez constitucional com a flexibilidade operacional, a governança multinível converte-se na resposta brasileira a um paradoxo global: como garantir unidade nacional sem sufocar diversidades locais, e como promover eficiência sem abrir mão da democracia participativa. É o reconhecimento de que *a disseminação da governança em vários níveis é mais*

*operante do que a concentração em uma única esfera* - princípio que redefine o pacto federativo no século XXI.

Assim, a aplicação da governança multinível no federalismo brasileiro revela um cenário contraditório: enquanto oferece instrumentos inovadores para cooperação intergovernamental, esbarra em patologias estruturais que minam sua eficácia. Esses desafios emergem de distorções históricas, agravadas pela complexidade do pacto federativo.

No campo fiscal, a assimetria na repartição tributária persiste como obstáculo intransponível. Municípios –responsáveis por 70% dos serviços essenciais como saúde primária e educação infantil– recebem menos de 20% da arrecadação nacional, conforme dados do Tesouro (2023). Essa desproporção gera dependência crônica de transferências voláteis, como o Fundo de Participação dos Municípios (FPM), sujeitando políticas locais aos humores econômicos. O resultado são 1.647 municípios em estado de calamidade financeira (CNM, 2023), incapazes de custear funções constitucionais básicas. A Emenda Constitucional 128/2022 surge como resposta ao proibir encargos não financiados, mas não resolve o cerne do problema: a guerra fiscal interestadual, onde estados como Bahia e Ceará concedem benefícios tributários predatórios, corroendo a base arrecadatória municipal e violando o princípio da subsidiariedade.

Paralelamente, a fragmentação institucional corrói a integridade do sistema. A coexistência dos modelos Tipo I (hierarquia constitucional rígida) e Tipo II (redes flexíveis de governança) –conforme Hooghe & Marks– gera sobreposições caóticas. Municípios padecem sob normas conflitantes: planos diretores locais chocam-se com legislações estaduais ambientais, e consórcios intermunicipais (como os de saneamento na Região Metropolitana de São Paulo) operam sem marco jurídico estável. Essa cacofonia normativa leva à judicialização crônica: o caso do ICMS sobre combustíveis, onde estados ignoraram pactuação com municípios, gerou doze ações no STF em 2023 apenas em São Paulo, paralisando investimentos em mobilidade urbana.

A terceira patologia –o déficit democrático– manifesta-se na captura corporativa dos espaços de governança. Conselhos municipais de saúde ou educação,

idealizados como instâncias de participação popular, frequentemente são dominados por grupos de interesse organizados. No MATOPIBA, por exemplo, conselhos de recursos hídricos foram cooptados por agentes do agronegócio, flexibilizando leis ambientais municipais. Ao mesmo tempo, contratos de gestão entre União e estados (como os do FUNDEB) marginalizam municípios executores, convertendo a horizontalidade proposta pela governança multinível em retórica vazia.

Ainda assim, luzes de inovação persistem. O ICMS Ecológico no Paraná demonstra como critérios ambientais na repartição tributária podem alinhar competências; os consórcios da Amazônia Legal mostram que redes Tipo II podem gerenciar externalidades multiescalares como o desmatamento; e a criação de câmaras técnicas tripartites para o SUS prova que coordenação sem hierarquia é viável. Essas experiências revelam o caminho para a integridade federativa: um pacto de cooperação solidária com equalização fiscal para regiões pobres, lei nacional para consórcios intermunicipais e fortalecimento de tribunais de contas como mediadores.

O futuro da governança multinível no Brasil dependerá, assim, de sua capacidade de transformar patologias em oportunidades - convertendo a complexidade federativa de entrave em alavanca para um federalismo por cooperação.

## 4. Financiamento das Políticas e a Emenda Constitucional nº 128

Um dos principais obstáculos à implementação de uma governança federativa cooperativa e eficaz no Brasil é a assimetria no financiamento das políticas públicas. É comum que a União legisle sobre obrigações a serem cumpridas por Estados e Municípios sem o correspondente suporte financeiro. Tal prática compromete a autonomia dos entes subnacionais e impõe um desequilíbrio federativo.

A Emenda Constitucional nº 128/2022 representou um avanço nesse cenário ao incluir o § 7º no art. 167 da Constituição, vedando a imposição de encargos financeiros sem a devida previsão de fonte orçamentária ou transferência de

recursos. Com isso, busca-se garantir maior responsabilidade fiscal e respeito à autonomia dos entes, em sintonia com os princípios da subsidiariedade e da governança cooperativa.

Além de vedar a transferência de encargos sem contrapartida, a EC nº 128/2022 representa um marco relevante para reequilibrar o pacto federativo no plano orçamentário e fiscal. Trata-se de uma reação institucional a práticas recorrentes de centralização decisória e descentralização executiva, nas quais a União impõe obrigações normativas –como metas educacionais, pisos salariais ou expansão de programas sociais– que recaem, na prática, sobre os ombros financeiros de Estados e Municípios. Essa dinâmica compromete não apenas a sustentabilidade das contas públicas locais, mas também a capacidade de planejamento de longo prazo e de implementação de políticas com autonomia e qualidade.

Nesse sentido, a EC 128 insere-se num esforço mais amplo de consolidação da governança cooperativa e da efetividade do princípio da subsidiariedade. Ao exigir que qualquer nova obrigação imposta venha acompanhada de fonte de custeio, a norma reforça a lógica segundo a qual o ente que propõe a política deve assumir também sua viabilidade financeira. A medida estimula, assim, maior responsabilidade intergovernamental e corrige distorções que vinham sendo historicamente denunciadas por entidades municipalistas, como a Confederação Nacional dos Municípios (CNM), sobretudo no tocante ao subfinanciamento da saúde e da educação básicas.

Em contrapartida, ainda que a emenda constitucional avance na proteção da autonomia financeira dos entes subnacionais, ela não enfrenta, por si só, a estrutura regressiva da repartição de receitas no Brasil. A concentração de recursos na União permanece elevada –acima de 55% da carga tributária total, conforme dados do Tesouro Nacional (2023) –, enquanto os Municípios, responsáveis por grande parte da execução direta das políticas públicas, seguem dependentes de transferências constitucionais e discricionárias. Isso fragiliza a autonomia local e perpetua um quadro de assimetrias regionais e vulnerabilidades institucionais.

Além disso, sua eficácia prática dependerá de sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal e da disciplina infraconstitucional que venha a regulamentar seus termos, sobretudo no que diz respeito à definição de *encargo financeiro* e à verificação da *previsão de fonte orçamentária*. Também será necessário compatibilizar a nova regra com o regime fiscal vigente, especialmente no contexto do novo arcabouço fiscal aprovado em 2023, que impõe limites globais à despesa pública federal.

Portanto, embora constitua um importante instrumento jurídico para a defesa da autonomia federativa e do equilíbrio entre responsabilidades e recursos, a EC nº 128 deve ser compreendida como parte de um processo mais amplo e contínuo de reforma do federalismo fiscal brasileiro. Sem uma revisão estrutural da repartição de competências tributárias e da capacidade arrecadatória dos entes subnacionais, persistirá a tensão entre a descentralização das políticas e a centralização das receitas - o que compromete a integridade do sistema de governança multinível e a concretização do princípio da subsidiariedade em sua plenitude.

Dessa maneira, apesar de sua relevância normativa, a plena efetividade da Emenda Constitucional nº 128 dependerá da sistematização de critérios objetivos para aferição da existência e suficiência da previsão de fonte orçamentária e financeira. O dispositivo constitucional, embora inovador, não define os parâmetros técnicos que permitam verificar, por exemplo, se uma determinada norma legal cumpre o requisito de viabilidade fiscal mínima exigido. A ausência de uma regulamentação infraconstitucional específica pode abrir margem para interpretações restritivas ou mesmo para o descumprimento disfarçado da norma.

Dessa maneira, torna-se premente a elaboração de uma lei complementar de normas gerais que discipline a operacionalização do § 7º do art. 167 da Constituição, definindo procedimentos de impacto orçamentário, limites de cofinanciamento e mecanismos de controle preventivo junto ao Poder Legislativo e aos Tribunais de Contas. Tal regulamentação seria essencial para coibir práticas recorrentes como a aprovação de pisos salariais nacionais ou a criação de programas com execução descentralizada –como ocorreu no passado com o

Piso da Enfermagem e o FUNDEB– sem a devida análise de impacto e a indicação de fontes compensatórias.

Ademais, o novo dispositivo constitucional também impõe um desafio institucional ao processo de cooperação federativa, exigindo que as políticas públicas passem a ser planejadas de forma mais pactuada e transparente entre os entes. A vedação da transferência de encargos sem recursos deverá fomentar a criação de espaços formais de pactuação intergovernamental, como comissões tripartites, consórcios públicos e fóruns interfederativos, capazes de deliberar sobre competências compartilhadas e corresponsabilidade financeira.

Nesse contexto, a EC 128 tem o potencial de funcionar como filtro normativo de qualidade para a formulação de políticas públicas, promovendo maior racionalidade legislativa e responsabilidade federativa. Ao impedir que a União continue a expandir suas agendas normativas à revelia das capacidades subnacionais, o novo § 7º contribui para recalibrar o pacto federativo em favor da autonomia local, especialmente dos Municípios, historicamente penalizados pela lógica verticalizada da implementação de políticas públicas.

No entanto, a eficácia transformadora da EC 128 depende também de sua recepção política. Há risco de que a norma seja interpretada como entrave à expansão de direitos sociais, sobretudo se utilizada como justificativa para o retrocesso de programas sociais descentralizados sob o pretexto de ausência de fontes. Isso exigirá dos atores federativos –especialmente dos gestores locais– uma postura proativa na defesa da norma não como mecanismo de contenção de direitos, mas como ferramenta de responsabilização solidária na sua efetivação, em consonância com os princípios da governança multinível.

Por fim, é necessário reconhecer que, embora a Emenda Constitucional nº 128 tenha sido motivada por legítimos reclamos de autonomia financeira dos entes subnacionais, ela não atinge as raízes mais profundas da assimetria fiscal brasileira, como a concentração de competências tributárias na União e a dependência crônica de transferências constitucionais por parte dos Municípios. A superação desse quadro exige reformas estruturais mais amplas, como uma revisão do pacto federativo tributário, com redistribuição mais equitativa de receitas e fortalecimento da capacidade arrecadatória local - medida

imprescindível para garantir que a autonomia constitucionalmente reconhecida aos entes federativos se converta, de fato, em capacidade de governar.

## 5. Considerações Finais

O federalismo brasileiro, estruturado pela Constituição de 1988, consagra a autonomia política, administrativa e financeira dos entes federativos, estabelecendo um modelo descentralizado com repartição de competências e responsabilidades entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. No entanto, observa-se, na prática, a persistência de assimetrias estruturais que fragilizam esse desenho institucional, sobretudo no que se refere ao financiamento das políticas públicas. Com frequência, a União impõe obrigações normativas e programáticas a serem executadas pelos entes subnacionais, sem a devida previsão de recursos financeiros. Esse cenário compromete a efetividade da descentralização, fragiliza a governança democrática e aprofunda desigualdades regionais.

A partir dessa constatação, o problema de pesquisa que orienta este capítulo consiste em investigar em que medida os mecanismos de governança multinível e a Emenda Constitucional nº 128/2022 podem contribuir para reequilibrar o pacto federativo brasileiro, promovendo maior autonomia financeira e corresponsabilidade na execução das políticas públicas. Parte-se da hipótese de que tais instrumentos representam avanços normativos relevantes ao introduzirem limites à centralização impositiva e estímulos à pactuação intergovernamental, mas que, isoladamente, não resolvem os déficits estruturais do federalismo fiscal brasileiro, como a concentração de receitas na União e a dependência crônica de transferências pelos entes locais.

Para desenvolver essa análise, adota-se o método hipotético-dedutivo, partindo de uma hipótese normativa geral e confrontando-a com o arcabouço constitucional e institucional brasileiro. Utiliza-se o procedimento monográfico, com foco específico na experiência federativa do Brasil, e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, fundamentada em autores da ciência jurídica, da ciência política e em dados de instituições como o Tesouro Nacional e a Confederação Nacional dos Municípios (CNM).

Inicialmente, o capítulo retoma o papel dos Municípios na estrutura federativa brasileira e a centralidade do princípio da subsidiariedade como fundamento normativo e funcional da descentralização. A Constituição de 1988 rompe com a tradição de subordinação dos entes locais ao conferir-lhes autonomia plena e competências próprias, o que exige, por consequência, a garantia de instrumentos financeiros que sustentem sua capacidade de ação. O princípio da subsidiariedade, ao orientar que a tomada de decisões públicas ocorra no nível mais próximo do cidadão, reforça a necessidade de dotar os entes locais de efetivos meios de autogoverno e autoadministração.

Na sequência, examina-se o conceito de governança multinível como paradigma alternativo ao federalismo tradicionalmente hierarquizado. Inspirado na experiência da União Europeia e adaptado à realidade brasileira, esse modelo busca articular de forma mais flexível os diversos níveis de governo, promovendo a cooperação horizontal, a experimentação institucional e a construção coletiva de políticas públicas. No Brasil, a governança multinível manifesta-se por meio de consórcios intermunicipais, câmaras técnicas tripartites e outras formas de coordenação que transcendem a rigidez da repartição de competências. No entanto, sua eficácia esbarra em problemas como a fragmentação normativa, o déficit de institucionalização e a captura corporativa dos espaços de participação.

O terceiro ponto do trabalho dedica-se à análise da Emenda Constitucional nº 128/2022, que acrescentou o § 7º ao art. 167 da Constituição para proibir a transferência de encargos financeiros da prestação de serviços públicos sem a correspondente previsão orçamentária ou transferência de recursos. A medida surge como resposta a uma prática recorrente da União de impor obrigações aos demais entes federativos sem suportar os custos decorrentes. Embora represente um avanço importante na proteção da autonomia financeira dos entes e no fortalecimento da responsabilidade fiscal intergovernamental, sua aplicação depende de regulamentação infraconstitucional e de uma mudança de cultura política que valorize a pactuação e o planejamento compartilhado.

Por fim, o capítulo conclui que, apesar dos avanços normativos promovidos pela governança multinível e pela EC 128, ainda persistem distorções estruturais no federalismo brasileiro, como a concentração de receitas na esfera federal e a

baixa capacidade arrecadatória dos Municípios. A superação dessas disfunções exigirá reformas mais amplas na lógica de distribuição tributária, no fortalecimento da autonomia fiscal dos entes subnacionais e na institucionalização de mecanismos efetivos de cooperação intergovernamental. O que está em jogo, em última instância, é a possibilidade de construção de um modelo federativo mais justo, solidário e eficiente, compatível com a complexidade e a diversidade do território brasileiro.

## 6. Referências


Brasil (2023). Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. *Carga tributária do Governo Geral:* 2022. Brasília: Tesouro Transparente. Disponível em: https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/carga-tributaria-do-governo-geral/2022/114. Acesso em: 10 jul. 2025.

Hooghe, Liesbet; Marks, Gary (2001a). *Multi-Level Governance and European Integration*. Rowman & Littlefield: Boulder, Colorado.

Hooghe, Liesbet; Marks, Gary (2001b). Types of multi-level governance. *European Integration Online Papers*, vol. 5, núm. 11.

Hooghe, Liesbet; Marks, Gary (2002). Types of Multi-Level Governance. Les Cahiers européens de Sciences Po. Núm. 3.

Lim, Diana Vaz; Giacobbo, Guilherme Estima; Hermany, Ricardo (2023). *Espaço local em perspectiva: os limites e as possibilidades dos pequenos municípios no federalismo brasileiro.* Brasília: CNM.

Marks, Gary (1992). Structural policy in the European Community. Em: Sbragia, Alberta (ed.). *Euro-politics. Institutions and policymaking in the "new" European Communit*. Washington, DC: The Brookings Institution, pp.191-224.

Marks, Gary (1993). Structural policy and multilevel governance in the EC. Em: Cafruny, Aalan W.; Rosenthal, Glenda. *The state of the European Community*. Harlow: Longman, vol. 2, pp.391-410.

Marks, Gary; Hooghe, Liesbet (2004). Contrasting visions of multi-level governance. Em: Bache, Ian; Flinders, Matthew (orgs.). *Multi-level Governance*. Oxford: University Press.

# AMEAÇAS HÍBRIDAS E ANULAÇÃO DE ELEIÇÕES: O CASO DA ROMÊNIA

Carlos I. Aymerich Cano[1]

## 1. Introdução

Tradicionalmente, a anulação de eleições foi um suposto excepcional limitado aos casos mais graves e evidentes de fraudes ou erros procedimentais, desde que afetem o resultado[2]. Mais, como exporei a seguir, a anulação das eleições presidenciais romenas de dezembro de 2024 representa uma mudança transcendental: as eleições foram anuladas a causa da interferência de campanhas desenvolvidas a través das redes sociais, supostamente orquestradas e financiadas desde o exterior, que alteraram os resultados eleitorais aguardados pelas instituições romenas.

## 2. Contexto

Antes das eleições presidenciais de 2024, a Romênia estava dirigida por um governo pró-EU, pró-OTAN e pró-guerra na Ucrânia, integrado por uma coalizão entre o PSD e o PNL (filiados, respetivamente, aos socialdemocratas e ao Partido Popular Europeu), entanto uma parte importante da população está em contra de essas posições governamentais por motivos diversos: reivindicação de

[1] Professor Titular de Universidade na área de Direito Administrativo da Universidade da Coruña. Membro do Grupo de Pesquisa de 'Direito Público Global' da UDC.

[2] Assim, a alínea II.3.3 do Código de Boas Práticas em matéria Eleitoral da Comissão de Veneza, segundo a qual deve existir um sistema eficaz de recurso com capacidade para anular as eleições desde que as irregularidades afetem os resultados.

territórios ucranianos que no passado foram romenos, impacto económico negativo da importação de grão e outras produções ucranianas sobre os produtos romenos, etc. Além do mais, existe um grande descontento social, decorrente de uma desigualdade social e de uns desequilíbrios territoriais que persistem a pesar do discurso oficial e do crescimento nominal do PIB.

Não se perca de vista que a Romênia virou também um país estratégico no flanco oriental da OTAN: na costa do Mar Negro, com uma extensa fronteira terrestre com a Ucrânia e sede da projetada maior base militar da OTAN em solo europeu, resultante do alargamento da atual base aérea Mihail Kogălniceanu, situada perto da cidade de Constanza.

## 3. A anulação das eleições presidenciais

O dia 24 de novembro de 2024 se celebrou a primeira volta das eleições presidenciais na Romênia. Surpresivamente, à vista das sondagens prévias, o candidato mais votado foi o independente de extrema direita Calin Georgescu, com o seguido da direitista Elena Lasconi do PNL. O candidato social-democrata, que ficou em terceiro posto, resultou excluído da segunda volta eleitoral.

Previamente, o 5 de outubro de 2024, o TC invalidara a candidatura de Diana Sosoaca (uma política de extrema direita e pró-russa). A pesar de que a Lei Orgânica do TC apenas permite anular candidaturas por não reunirem os requisitos legalmente previstos, o tribunal fundou a sua decisão em que as declarações e as opiniões da Sosoaca eram inconstitucionais ao serem contrárias à pertença da Romênia à EU e à OTAN[3].

Nas eleições legislativas celebradas no dia 1 de dezembro de 2024, os resultados da extrema direita –AUR, SOS RO e o Partido da Juventude–

[3] Na sua declaração de voto, a única juíza dissidente, manifestou de jeito claro a ausência de base jurídica da desqualificação: *Parece-me que o procedimento legal para a apresentação de uma candidatura, nomeadamente o de impugnar a candidatura às eleições presidenciais, é uma questão que influencia a eficácia de um direito eleitoral. Em ausência de um dos casos expressamente previstos na Constituição ou na lei acima referida, considero que, interpretando a sua própria competência, o Tribunal Constitucional não pode estabelecer novas condições de elegibilidade, cuja inobservância, tal como constatou diretamente o Tribunal, conduziria a uma proibição de elegibilidade*.

representam o 36% dos votos, exatamente a mesma porcentagem que dá a soma dos votos de Georgescu (22,94%) e Simion, o candidato da AUR (13,86%), na primeira volta das presidenciais anuladas. Porém, o resultado destas eleições não foi questionado.

No dia 2 de dezembro, a Corte Constitucional romena desestimou o recurso apresentado polo candidato do PNCR, Cristian Vasile Terheș e, após um novo reconto dos votos, confirmou o resultado eleitoral e ordenou organizar a segunda volta para o dia 8 de dezembro entre Georgescu e Lasconi.

Porém, o 28 de novembro, após uma reunião do Conselho Supremo de Segurança Nacional (CSAT, seu acrônimo romeno) presidida pelo presidente do país, este órgão emitiu uma nota de imprensa na qual, reconhecendo que não tinha qualquer rol em matéria eleitoral, indicava a existência de dados reveladores de ciber-ataques, procedentes de agentes estatais e não-estatais, e também de que um dos candidatos teria se beneficiado de uma exposição maciça e de um tratamento preferencial pela rede social Tik-Tok.

O 4 de dezembro o presidente desclassificou as tais informações da inteligência romena[4] e à vista destes novos documentos, apenas dois dias depois, no 6 de dezembro, a Corte Constitucional decidiu por unanimidade, e agindo de ofício, revisar a sua anterior decisão, anular as eleições e ordenar ao governo a fixação de um novo calendário eleitoral[5], se fundando em que o artigo 146 (f) da

[4] Dados que não são em absoluto concluíntes enquanto que apenas contém referências gerais a ciberataques a infraestruturas de comunicações, mas sem identificar suas origens. Segundo um dos relatórios desclassificados do Serviço de Inteligência Romanês (SRI), *The mode of operation, as well as the scale of the cyber campaign, lead to the conclusion that the attacker possesses considerable resources, consistent with a mode of operation specific to a state-sponsored attacker*. De fato, segundo um outro relatório do Serviço Romanês de Telecomunicações (STS) apresentado na reunião do CSAT de 29 de novembro de 2024, também desclassificado, não se identificaram vulnerabilidades ou interferências capazes de interferirem na segurança e na operatividade dos sistemas de votação (Os dados foram tirados da tradução para o inglês dos documentos desclassificados acessível em https://www.startmag.it/wp-content/uploads/Document-CSAT-SRI-I-EN.pdf e do artigo “Romanian elections targeted with cyberattacks by foreign state-sponsored actors”, acessí el em https://www.csoonline.com/article/3618064/romanian-elections-targeted-with-cyberattacks-by-foreign-state-sponsored-actors.html).

[5] O Acórdão da Corte Constitucional romena é acessível, em inglês, no site oficial do órgão (https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2025/02/RULING-No-32-2024.pdf).

Constituição lhe encomenda a função de assegurar a observância do procedimento para a eleição do presidente da Romênia, atribuição que deve ser interpretada na luz do poder geral de garantir a primacia da Constituição (artigo 142.1)[6]. Com base nesses poderes e atendendo às informações fornecidas pelos documentos desclassificados, a Corte anulou o processo eleitoral no seu conjunto devido á:

> (…) *manipulação do voto dos eleitores e a distorção da igualdade de oportunidades entre os candidatos por médio do uso não transparente de tecnologias digitais e inteligência artificial na campanha eleitoral em violação da legislação eleitoral e através do financiamento da campanha eleitoral, incluída a campanha online, por fontes desconhecidas*[7].

A CCR invoca o Código de Boa Conduta Eleitoral da Comissão de Veneza (em particular a Declaração Interpretativa sobre o uso de tecnologias digitais e inteligência artificial, de dezembro de 2024) bem como o Regulamento (UE) 2024/900, do 13 de marzo, sobre a transparência e o direcionamento da propaganda política. Porém, nenhum desses documentos diz nada a respeito da anulação das eleições.

Finalmente, umas novas eleições foram marcadas para os dias 4 e 18 de maio de 2025, primeira e segunda volta. Mas, no entanto, Calin Georgescu não pôde se candidatar por lhe ter sido denegado o dia 9 de março o registro da candidatura pela Comissão Eleitoral, em decisão confirmada no 2 de abril seguinte pela Corte Constitucional[8].

---

[6] No dia anterior, a Corte Constitucional publicou uma nota de imprensa na qual, em vista das demandas da mídia relativas ao desenvolvimento do processo eleitoral, lembrava-se que "Nesta fase do processo eleitoral, de acordo com as disposições constitucionais, o Tribunal pode examinar contestações formuladas pelos candidatos qualificados para o segundo turno das eleições presidenciais". Alguns autores interpretaram esta nota como um apoio implícito à candidata Lasconi (assim, Carrozini, A. (2024). Shooting Democracy in the Foot? The Romanian Constitutional Court's Annulment of Presidential Elections. *Verfassungsblog.de*, 13 de dezembro de 2024. Acessível em https://verfassungsblog.de/shooting-democracy-in-the-foot/).

[7] Parágrafo 11. Tradução própria a partir da versão inglesa da Corte Constitucional romena.

[8] https://www.ccr.ro/comunicat-de-presa-2-aprilie-2025/.

## 5. Análise do acórdão da CCR de 6 de dezembro de 2024

A anulação das eleições mereceu, em geral, uma valoração crítica por parte da opinião jurídica romena e europeia.

A primeira, retroagindo na sua análise crítica ao acórdão de agosto de 2024 de desqualificação da candidata Sosoaca, considera que a anulação das eleições presidenciais é uma decisão carente de base legal e reveladora de uma preocupante parcialidade da Corte Constitucional. Assim, se denuncia que a Corte Constitucional só pode examinar a legalidade das eleições presidenciais como consequência de um recurso apresentado por alguma das partes legitimadas segundo dispõe o artigo 24(2) da Lei 370/2004, sobre a eleição do presidente da Romênia.

Além do mais, este recurso deve ser apresentado dentro do prazo máximo de três dias a contar da publicação do escrutínio. No caso de apreço, a Corte Constitucional iniciou de ofício a revisão do resultado eleitoral doze dias após da primeira volta, com a segunda volta já iniciada, porque os romenos residentes no estrangeiro já estavam votando.

Se sinaliza também que a referida lei eleitoral apenas prevê a anulação singularizada da primeira ou da segunda volta das eleições –não, por tanto, do processo eleitoral no seu conjunto– e só pelos motivos taxados indicados na lei: fraude capaz de alterar a eleição do presidente ou a ordem dos candidatos que podem participar na segunda volta. Note-se que se referindo todos os documentos de inteligência desclassificados a supostas manipulações e alterações produzidas durante a campanha eleitoral, a pergunta resulta obrigada: como é que estas revelações não foram feitas em tempo útil, isto é, durante a própria campanha e antes da votação, a fim de poderem ser corrigidas antes de se conhecerem os resultados?[9]

[9] Deve-se notar que em 2024 foi aprovado o Regulamento (UE) 2024/900 sobre a transparência e o direcionamento da propaganda política e que em fevereiro foi aprovado pela Comissão da UE e pelas plataformas online mais importantes o Código de Conduta sobre Desinformação, adaptado à DAS (accessível em https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/code-conduct-disinformation). O regulamento

De resto, pelo que diz respeito ao direito ao devido processo, deve sinalizar-se que a Corte Constitucional adotou a sua decisão de anulação total das eleições sem dar audiência às partes afetadas.

Instada pela Assembleia Parlamentar do Conselho de Europa, a Comissão de Veneza[10] elaborou um parecer urgente com data 18 de março de 2025, acerca da anulação dos resultados eleitorais pelos tribunais constitucionais. Esse parecer, partindo de documentos anteriores da própria Comissão[11], oferece algumas considerações de interesse geral, aplicáveis ao caso das eleições presidenciais romenas:

- Que a anulação das eleições pelos tribunais constitucionais ou outras instâncias judiciárias deve ficar restrito a circunstâncias excepcionais e claramente tipificadas por lei, em especial se esta decisão é adotada *ex officio*. Nesse sentido, a anulação total ou parcial dos resultados eleitorais só é admissível em circunstâncias excepcionais, como *ultima ratio*, e desde que as irregularidades detectadas afetem o resultado da votação.

- Que a adoção de uma tal decisão deve ser o resultado de um processo justo desenvolvido com todas as garantias: com audiência das partes afetadas, decisões motivadas com base nos supostos taxados previstos na lei e tomadas dentro de prazos razoáveis.

- Que dentro dos supostos que podem permitir instar a revisão dos resultados eleitorais devem se incluir as violações das normas eleitorais

primeiramente citado apodera os Estados membros para a imposição de importantes sanções económicas aos patrocinadores e prestadores de propaganda política que violem as regras que essa norma estabelece em matéria de transparência e proteção de dados.

[10] O nome completo de este organismo do Conselho de Europa é o de Comissão Europeia para a Democracia através da Lei. O 13 de dezembro de 2024, o presidente da Assembleia Parlamentar do Conselho de Europea requiriu da Comissão um parecer urgente a respeito da seguinte questão: *"Sob quais condições e segundo quais padrões legais um tribunal constitucional pode invalidar eleições, com base no recente caso romeno?"*. O documento pode ser consultado em https://www.coe.int/en/web/venice-commission/-/urgent-report-on-the-cancellation-of-election-results-by-constitutional-courts-1.

[11] Notadamente o seu "Código e Boas Práticas em Matéria Eleitoral", aprovado em 2002, e as suas declarações interpretativas (acessível em: https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Code_conduite_PREMS%20026115%20GBR.pdf).

cometidas por Estados, agentes públicos e privados e pela influência dos mídia, em especial se financiados desde o exterior.

- Que os Estados devem regular a afetação das desordens informativas, os ciberataques e outras ameaças digitais á integridade eleitoral, assegurando que todos os candidatos têm um acesso equitativo ás redes online e que os sistemas de inteligência artificial não beneficiam uns candidatos em prejuízo dos outros.

- E, enfim, que as regras gerais de transparência e limites ao financiamento eleitoral devem ser aplicadas também á campanha realizada através de plataformas online.

## 5. Inadmissão do recurso apresentado perante o TEDH

Pela sua parte, por médio do Acórdão de 11 de fevereiro de 2025[12], a Corte Europeia de DDHH, que previamente já denegara a adoção das medidas cautelares solicitadas pelos recorrentes, inadmitiu o recurso formulado contra o Acórdão do CCR de 6 de dezembro por manifesta ausência de fundamento, no entendimento de que o artigo 3 do Protocolo nº 1 à CEDH de 1952, relativo ao direito a celebrac¸ o de eleic¸ es periódicas, se limita à eleição do "legislativo", não se incluindo portanto dentro do seu escopo as eleições presidenciais quando o presidência não intervém, como a Corte entende ser o caso da Romênia, no processo legislativo[13], muito embora o artigo 77 da Constituição romena

[12] Recurso nº 37327/24, Călin Georgescu c. Romênia.

[13] Com efeito, a jurisprudência da Corte Europeia de DDHH vém interpretando que o conceito de *legislativo* aos efeitos do artigo 3 do Protocolo nº 1 à CEDH pode incluir, além do Parlamento, também a presidência do Estado desde que esse órgão tenha o poder de iniciar o tal processo, adotar normas com valor de lei ou detenha poderes relevantes de veto ou controle da aprovação das leis (veja-se a Guide on Article 3 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, pág. 6, acessível em https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_3_protocol_1_eng).

reconhece ao presidente a potestade de solicitar ao Parlamento a reconsideração de uma lei aprovada antes de proceder à sua promulgação[14].

## 6. Defesa da Democracia ou atentado contra ela?

O Acórdão da CRR de 6 de dezembro anula o inteiro processo das eleições presidências da Romênia ferindo claramente os prazos, os procedimentos e os supostos habilitantes previstos na Constituição e na legislação eleitoral romenas.

Para tal, a CCR se afasta dos parâmetros aceites internacionalmente para a anulação de eleições: em especial, que fique provado sem lugar a dúvidas não apenas a existência de fraudes ou de irregularidades mas também que uma e outras afetaram decisivamente o resultado das eleições. Não ficou provado que as irregularidades que fundam a decisão de anular as eleições afetassem de jeito decisivo o resultado eleitoral.

Não sendo a defesa da democracia, qual é o fundamento real da anulação das eleições?

Pois é a existência de uma ameaça híbrida, representada pela ingerência estrangeira (russa) no processo eleitoral romeno através da manipulação da vontade dos eleitores por médio das redes sociais. A prova, em absoluto concluinte, são os já referidos informes do SRI elaborados após se conhecer o resultado eleitoral.

Ou seja, não a defesa da democracia mas a –suposta– defesa da segurança nacional ameaçada por um ataque híbrido orquestrado desde o exterior ou, segundo a definição cunhada em 2019 pelo Hybrid-COE, centro especializado no estudo das ameaças híbridas criado conjuntamente pela OTAN e a EU,

> *(...) uma ação coordenada e deliberada dirigida contra as vulnerabilidades sistêmicas dos Estados e as instituições democráticas através de uma ampla variedade de meios. Atividades*

[14] Para a Corte Europeia de DDHH o exercício deste poder apenas cria para o Parlamento uma obrigação procedimental de re-examinar a lei que não envolve qualquer condicionamento do resultado desse re-exame (p. 25 do Acórdão).

*que exploram os limiares de detecção e imputação bem como as interfaces guerra-paz, segurança externa - segurança interna, local-estatal, nacional-internacional (...) Atividades desenhada para a interferência na tomada de decisões a nível local, estatal ou institucional e para cumprir objetivos estratégicos do agente enquanto dana ou socava o objetivo.*

Com uma orientação semelhante, ainda que com um alcance maior, o Serviço de Ação Exterior da UE cunhou a noção de FIMI (acrônimo de *Foreign Information Manipulation Interference*), definido como:

> *(…) um padrão de comportamento, maioritariamente não-ilegal, que tem carácter manipulativo e que ameaça ou tem o potencial de afetar negativamente os valores, procedimentos e processos políticos*[15].

Os documentos oficiais da EU[16], da OTAN[17] e dos EUA[18] bem como as informações[19] e estudos que neles se inspiram, põem como exemplos de

---

[15] Veja-se: https://www.eeas.europa.eu/eeas/information-integrity-and-countering-foreign-information-manipulation-interference-fimi_en.

[16] Veja-se: *Commission, online platforms and civil society increase monitoring during Romanian elections*, nota de imprensa publicada pela Comissão da EU em 5 de dezembro de 2024 (acessível em https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_6243). A Comissária de Política Digital declarou: *We are concerned about mounting indications of coordinated foreign online influence operation targeting ongoing Romanian elections, especially on TikTok* (https://www.euronews.com/my-europe/2024/12/06/eu-demands-urgent-answers-from-tiktok-about-possible-foreign-interference-in-romanian-elec).

[17] Veja-se: *Algorithmic invasions: How information warfare threatens NATO's eastern flank*, artigo publicado em 7 de fevereiro de 2025 na revista oficial da OTAN assinado pelo professor romeno Corneliu Bjola (accesível em https://www.nato.int/docu/review/articles/2025/02/07/algorithmic-invasions-how-information-warfare-threatens-nato-s-eastern-flank/index.html).

[18] Podem consultar-se as declarações oficiais do Departamento de Estado na página da embaixada dos EUA na Romênia, tanto sobre os documentos desclassificados do SRI (https://ro.usembassy.gov/romania-presidential-elections/) quanto sobre a decisão da CCR de anulação das eleições (https://ro.usembassy.gov/statement-on-romanian-constitutional-courts-ruling-on-romanias-presidential-elections/).

[19] Assim “Likely Kremlin-Backed Election Interference Against Romania Threatens Bucharest's Continued Support for Ukraine and NATO”, publicado o 6 de dezembro na web do Institute for the Study of War, think-tank criado por militares, diplomáticos e empresarios estadounidenses com a finalidade de “melhorar a capacidade da nação para executar operações militares e para responder a novas ameaças com o fim de

ameaças híbridas as campanhas de desinformação, a interferência eleitoral, as teorias da conspiração, a manipulação das divisões étnicas ou religiosas, indução à corrupção, ciber-ataques, etc.

A ideia de guerra híbrida tem por –perigoso– efeito apagar a fronteira entre a guerra e a paz e supõe, desde o ponto de vista do Direito Internacional dos conflitos bélicos, um regresso aos tempos anteriores à Carta das NNUU[20] ao permitir qualificar como *guerra* situações nas que não existe um conflito armado. Por idênticos motivos, a categoria de *ameaça híbrida* ou de *FIMI* representa uma perigosa confusão entre atividades legais e ilegais, aplicando a todas elas o arsenal previsto para as ameaças à segurança nacional.

De fato, o Direito da UE já reconhece abertamente a existência de estas ameaças híbridas que justificam a adoção de medidas restritivas dos direitos fundamentais (como, por exemplo, a proibição de difusão de meios russos no território da União), justificadas pelo Tribunal da Justiça da UE precisamente na existência de uma ameaça híbrida:

> *Uma vez que a propaganda e as campanhas de desinformação podem pôr em causa os fundamentos das sociedades democráticas e* fazem parte integrante do arsenal de guerra moderna*, as medidas restritivas em causa inscrevem-se também no âmbito da prossecução pela União dos objetivos que lhe foram atribuídos pelo artigo 3.o, nº 1 e 5, TUE* (Acórdão do Tribunal Geral da UE de 27 de julho de 2022, par. 56).

Declarações como a transcrita parecem corrigir a anterior interpretação restritiva que a jurisprudência europeia veio fazendo do que se deva entender por "segurança nacional". Assim, no Acórdão do 6 de outubro de 2020[21], o Plenário

---

lograr os objetivos estratégicos dos Estados Unidos" (acessíel em: https://www.understandingwar.org/backgrounder/likely-kremlin-backed-election-interference-against-romania-threatens-bucharests).

[20] Neste sentido Aurel San (2025). Metaphors, Rules and War: Making Sense of Hybrid Threats and Grey Zone Conflict. Artigo publicado no blog do *European Journal of International Law,* 31 de janeiro de 2025 (acessível em https://ejiltalk.org/metaphors-rules-and-war-making-sense-of-hybrid-threats-and-grey-zone-conflict/).

[21] As. C-511/18 e C-512/18, *La Quadrature du Net*.

do TJUE oferece uma definição da segurança nacional aos efeitos do artigo 4.2 TUE, congruente com a jurisprudência anterior do tribunal, lembrada no parágrafo 99 do acórdão, segundo o qual a invocação da segurança nacional pelos Estados membros não afasta a aplicabilidade do Direito comunitário nem exime aos Estados membros do seu cumprimento:

> *(…) em conformidade com jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, embora incumba aos Estados-Membros definir os seus interesses essenciais de segurança e adotar as medidas adequadas para garantir a sua segurança interna e externa, o simples facto de uma medida nacional ter sido adotada para efeitos da proteção da segurança nacional não pode implicar a inaplicabilidade do direito da União e dispensar os Estados-Membros do respeito necessário desse direito* [v., neste sentido, Acórdãos de 4 de junho de 2013, ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, n. 38; de 20 de março de 2018, Comissão/Áustria (Imprensa do Estado), C-187/16, EU:C:2018:194, n. 75 e 76; e de 2 de abril de 2020, Comissão/Polónia, Hungria e República checa (Mecanismo temporário de recolocação de requerentes de proteção internacional), C-715/17, C-718/17 e C-719/17, EU:C:2020:257, n. 143 e 170].

A partir de esta conexão com a sua doutrina anterior, o tribunal dá mais outro passo, oferecendo uma interpretação restritiva da isenção constante no artigo 4.2 TUE:

> *A este respeito, importa começar por assinalar que o artigo 4.2 TUE estabelece que a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro. Esta responsabilidade corresponde ao interesse primordial de proteger as funções essenciais do Estado e os interesses fundamentais da sociedade e inclui a prevenção e a repressão de atividades suscetíveis de desestabilizar gravemente as estruturas constitucionais, políticas, económicas ou sociais fundamentais de um país, em especial de ameaçar diretamente a sociedade, a população ou o Estado enquanto tal, como, nomeadamente, as atividades terroristas* (par. 135).

Deste modo, as novas normas aprovadas pela UE para lutar contra a desinformação (concebida como ameaça híbrida), em especial no âmbito eleitoral podem representar, paradoxalmente, um risco para a democracia.

Alguma coisa não anda bem se os direitos fundamentais, o processo devido e o resto das garantias básicas de um Estado de Direito Democrático deixam de vigorar quando se trata de lutar contra as ameaças híbridas. Máxime quando estes conceitos são mais amplos de cada vez: das ameaças híbridas ás FIMI e daí á *propaganda computacional*.

## 7. Epílogo

Nas eleições presidenciais romenas celebradas ontem, dia 4 de maio de 2025, a extrema direita do AUR, apoiada por Georgescu, obteve o primeiro posto com mais do 40% dos votos, sem que desta volta se tenha denunciado nenhuma ingerência externa (mas sim numerosas irregularidades). Finalmente, na segunda volta celebrada o dia 18 de maio se impôs o outro candidato da direita, Nicusor Dan. Não surpreende que o candidato derrotado peça uma nova anulação dos comícios denunciando ingerências estrangeiras, desta volta procedentes da França e da Moldávia.

Para Irene KAHN, Relatora Especial das NNUU para a Liberdade de Expressão e de Opinião:

> *(…) a desinformação não é a causa das crises sociais e da perda de confiança dos cidadãos nas instituições, mas a consequência. É improvável que as estratégias de combate à desinformação sejam bem-sucedidas sem atender esses fatores subjacentes*[22].

Idêntica reflexão deve ser feita a respeito das denominadas ameaças híbridas: a desconfiança social nas instituições, a polarização política ou a degradação da deliberação pública não é produzida pelas chamadas –e nunca provadas–

[22] Cfr., UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, 'Disinformation and Freedom of Opinion and Expression", A/HRC/47/25 (2021), acessí el em https://docs.un.org/es/A/HRC/47/25.

ameaças híbridas. Elas já estavam aí. O ascenso generalizado da extrema direita não é fruto das ameaças híbridas ou das FIMI mas de um contexto económico, social e político no qual os debates de fundo (a guerra, o incremento da despesa militar, a carestia da vida, o problema da moradia, o apoio ao genocídio palestino, etc.) não se submetem à deliberação e à decisão democrática. Aliás, ao menos na UE, o problema não é realmente a extrema direita mas, apenas, aquela que se afasta do consenso euroatlántico. Nesse sentido, aponta-se que o candidato Simion, alinhado com a extrema direita atlantista de Giorgia Meloni, resultaria mais palatável para a UE e a OTAN.

Não se trata, pois, de defender a democracia e os direitos humanos mas, mesmo a pesar ou em contra da uma e dos outros, de manter incólume o compromisso com a guerra na Ucrânia, a OTAN e o incremento da despesa militar[23].

## 8. Referências

Bjola, Corneliu (2025). Algorithmic invasions: How information warfare threatens NATO's eastern flank. *Revista Oficial da OTAN,* artigo publicado em 7 de fevereiro. Accesível em: https://www.nato.int/docu/review/articles/2025/02/07/algorithmic-invasions-how-information-warfare-threatens-nato-s-eastern-flank/index.html.

Carrozzini, Alina (2024). Shooting Democracy in the Foot? The Romanian Constitutional Court's Annulment of Presidential Elections. *Verfassungsblog.de*, publicado em 13 de dezembro. Acessível em https://verfassungsblog.de/shooting-democracy-in-the-foot/

[23] Note-se que os candidatos Crin Antonescu e Nicusor Dan apoiam o incremento da despesa militar até o 3,5% do PIB entanto que Victor Ponta, antigo primeiro ministro do PSD agora desligado desse partido, apoia abertamente o alargamento da base militar da OTAN en Mihail Kogălniceanu. Veja-se: Elecciones presidenciales en Rumanía: seis puntos sobre unas nuevas elecciones - sin Georgescu, pero bajo la sombra de la extrema derecha y las injerencias de Moscú y Washington. *Le Grand Continent*, 3 de maio de 2025, Acessível em: https://legrandcontinent.eu/es/2025/05/03/elecciones-presidenciales-en-rumania-seis-puntos-sobre-unas-nuevas-elecciones-sin-georgescu-pero-bajo-la-sombra-de-la-extrema-derecha-y-las-injerencias-de-moscu-y-washington/.

Comissão de Veneza (2002). *Código e Boas Práticas em Matéria Eleitoral.* Acessível em: https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Code_conduite_PREMS%20026115%20GBR.pdf

Institute for the Study of War (2024). *Likely Kremlin-Backed Election Interference Against Romania Threatens Bucharest's Continued Support for Ukraine and NATO.* Acessível em: https://www.understandingwar.org/backgrounder/likely-kremlin-backed-election-interference-against-romania-threatens-bucharests.

Popescu, Eugeniu; Revol, Alina (2025). Elecciones presidenciales en Rumanía: seis puntos sobre unas nuevas elecciones - sin Georgescu, pero bajo la sombra de la extrema derecha y las injerencias de Moscú y Washington. *Le Grand Continent*, 3 de maio. Acessível em: https://legrandcontinent.eu/es/2025/05/03/elecciones-presidenciales-en-rumania-seis-puntos-sobre-unas-nuevas-elecciones-sin-georgescu-pero-bajo-la-sombra-de-la-extrema-derecha-y-las-injerencias-de-moscu-y-washington/

Sari, Aurel (2025). Metaphors, Rules and War: Making Sense of Hybrid Threats and Grey Zone Conflict. *European Journal of International Law,* artigo publicado em 31 de janeiro. Acessível em: https://ejiltalk.org/metaphors-rules-and-war-making-sense-of-hybrid-threats-and-grey-zone-conflict/.

# ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES Y SOBERANÍA DE LOS ESTADOS: EL CASO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA

José Antonio Blanco Moa[1]

## 1. Justificaciones y problemas de los tribunales de arbitraje internacional de inversiones

El arbitraje internacional de inversiones es un mecanismo de resolución de controversias que permite a los inversores extranjeros iniciar procedimientos contra el Estado donde han realizado su inversión (Cantero Martínez 2016). La base jurídica para estos tribunales arbitrales reside en el consentimiento del Estado, generalmente al firmar determinados tratados. Esta alternativa a los tribunales nacionales, que ha originado una cantidad notable de críticas, ha surgido buscando en especial la defensa de los intereses de los inversores extranjeros. Concretamente, un objetivo claro ha sido que estos inversores no sufran el riego político o riesgo regulatorio en los países en donde desarrollan sus inversiones.

De hecho, las razones habituales que se suelen observar como justificación de este tipo de Tribunales son:

- Protección de los intereses de los inversores extranjeros, por los motivos ya comentados. Esta es una cuestión que se suele revestir como un refuerzo de la seguridad jurídica para las inversiones, pero en muchas

[1] Professor Associado na área de Direito Administrativo da Universidade da Coruña. Membro do Grupo de Pesquisa de 'Direito Público Global' da UDC.

ocasiones no deja si no de esconder relaciones de poder entre los países implicados, por las cuales un Estado busca el marco jurídico más favorable para sus empresas nacionales, con independencia de lo que resulte más conveniente para el interés general del Estado receptor de la inversión.

- Por otro lado, se suele argumentar que estos tribunales constituyen un foro neutral. Es decir, se desconfía de que los tribunales nacionales del país receptor de la inversión no resulten neutrales y estén sesgados en favor de la parte local. De hecho, la doctrina que mantiene esta postura juzga que su papel es importante y especialmente valioso cuando la inversión se realiza en países en vías de desarrollo o con sistemas judiciales considerados como deficientes (Fernández Masiá 2013). Sin embargo, si bien pueden existir casos donde la desconfianza hacia los tribunales internos de los países receptor de la inversión, tampoco se puede perder de vista que en muchas ocasiones con esta supuesta desconfianza se está camuflando actuaciones de carácter neocolonialista y extractivistas de recursos nacionales.

- Otro aspecto que se destaca a favor de estos tribunales señala que a través de ellos se despolitizan las disputas debido a que, históricamente, la defensa de los inversores solía involucrar la protección diplomática por parte de sus Estados de origen. Por tanto, el arbitraje ayudaría a evitar controversias diplomáticas (Ferreres Cornellá 2014).

- A su vez, si bien con cierta prudencia, hay autores que manifiestan que se trata de un mecanismo de control del poder público que puede significar un paso evolutivo hacia una justicia administrativa global. Se le concibe como un mecanismo de control extraestatal del poder público (Iglesias Sevillano 2018).

Por su parte, las críticas que suelen recibir estos tribunales se pueden sintetizar de la siguiente forma:

- Falta de transparencia debido a que, aunque se ha avanzado en este aspecto, en muchos casos las sesiones de estos tribunales se realizan a puerta cerrada, lo cual es difícil de justificar cuando sus resoluciones afectan al interés público (Iglesias Sevillano 2018).

- Cierto sesgo a favor de los inversores por parte de los árbitros. De hecho, existen informes que acusan a dichos árbitros de ser un colectivo que busca satisfacer sus propios intereses, por lo que para seguir siendo elegidos como árbitros son más proclives a alinearse con los inversores privados. En este sentido, en Europa existe una organización, la EFILA (*The European Federation for Investment Lax and Arbitration*), que tiene como objetivo la protección de los intereses de la industria del arbitraje (Flues et al. 2015). Así, en una buena parte de los asuntos resueltos por el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), que es uno de los tribunales de inversión internacional más relevantes, participaron un escaso número de árbitros internacionales (Eberhardt et al. 2012).

- El arbitraje de inversiones limita y condiciona la capacidad de legislar de los Estados. Por ello, este favorece la congelación del derecho aplicable, puesto que los distintos Estados tienen incentivos a no legislar por la amenaza de posibles reclamaciones (Ferreres Cornellá 2014).

- Falta de respaldo democrático, puesto que los árbitros no rinden cuentas ante ninguna institución democrática, ni siquiera ante aquella a la que condenan, mientras que, en cambio, juzgan decisiones referentes a políticas públicas (Iglesias Sevillano 2018).

- Existencia de diversos laudos contradictorios entre sí en asuntos sustancialmente muy similares y la ausencia de un mecanismo de apelación general que impide unificar la jurisprudencia arbitral (Moreno Rodríguez 2024).

- Los procedimientos arbitrales suelen ser sumamente costosos. Esto determina que el sistema sea inaccesible para las pequeñas y medianas empresas y los pequeños inversores extranjeros. De hecho, siguiendo a Cantero Martínez, los costes medios de un arbitraje ante el CIADI al tiempo de publicar su estudio (2016) eran de ocho millones de dólares.

- Discriminación contra los inversores nacionales, puesto que no pueden acudir a este tipo de tribunales mientras que sus competidores extranjeros sí lo podrían utilizar (Cantero Martínez 2016).

- Naturaleza privada de los árbitros a pesar de tratarse habitualmente cuestiones de derecho público; materia esta de la que habitualmente carecen de formación. Así, se tratan estas cuestiones siguiendo los principios de derecho privado que se suelen aplicar en el comercio internacional privado, sin contemplar los principios y valores constitucionales del Estado demandado (Toro Valencia 2016).

Partiendo de estas premisas, en el presente artículo se tratarán sobre los efectos que estos Tribunales arbitrales presentan en la soberanía de los Estados. En especial, el análisis se centrará en el Tratado de la Carta de la Energía (TCE en adelante). Este ha nacido tras la caída de la URSS y su redacción original obedecía a la existencia de importantes intereses de los países occidentales en los recursos energéticos de las antiguas repúblicas soviéticas, pero, a la vez, la preocupación por un posible colapso de estos países. Así pues, para asegurar de manera pacífica el suministro energético y las inversiones, en diciembre de 1991, se firmó la Carta de la Energía (Sodupe, K. y Benito, E., 2000). Dicho tratado ha sido recientemente abandonado por la Unión Europea, lo que dota a este análisis de una vigencia relevante.

## 2. El caso del Tratado de la Carta de la Energía

Como se indicaba, el TCE es un acuerdo internacional cuyo objetivo principal es el proteger las inversiones extranjeras en el sector energético. Las inversiones protegidas por este tratado son las definidas como actividades económicas en el sector de la energía, entendiendo por tales, la exploración, extracción, refino, producción, almacenamiento, transporte por tierra, transmisión, distribución, comercio, comercialización y venta de materias y productos energéticos. Mientras, por inversión objeto de protección, el artículo 1.6 del Tratado entiende: a) los bienes (tangibles o intangibles) y propiedades y derechos de propiedad de cualquier tipo; b) empresas, participaciones sociales y títulos de deuda empresariales; c) créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión; d) propiedad intelectual; e) rendimientos; f) cualquier derecho conferido por ley o

contrato, o permisos otorgados para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía.

Ante estas inversiones, los Estados parte donde se realizan se comprometen a: a) fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes; b) no perjudicar la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las inversiones implantando medidas exorbitantes o discriminatorias; c) no concederles un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional; d) garantizar la no expropiación directa, la expropiación indirecta o medidas que tengan un efecto equivalente salvo que sea por interés público, no sea discriminatorio, se lleve a cabo mediante el debido procedimiento legal y se indemnice al inversor; e) garantizar la libertad de transferencias de capitales y beneficios relacionados con las inversiones.

A raíz de este Tratado, el Reino de España ha sido demandado en diversas ocasiones y, en especial, debido a la reforma eléctrica realizada en 2013 y sus efectos sobre el sector de las renovables. En relación con ello, a fecha de redacción de estas líneas (abril de 2025), constan cincuenta y un procedimientos. Según nota de presa del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITECO) de fecha 24 de marzo de 2025[2], de esos cincuenta y uno hay ocho pendientes de fallo, diez se han estimado a favor del Reino de España, tres se han anulado, en otros tres los demandantes han desistido y en los restantes se han estimado las pretensiones de los productores. Por tanto, se observa que la postura más frecuente de los tribunales arbitrales es favorable a los productores, a diferencia de la posición mantenida por nuestro Tribunal Supremo, que desestimó la práctica totalidad de las reclamaciones efectuadas en los tribunales nacionales.

Sin embargo, el MITECO destaca que:

> *(…) España ha conseguido que los tribunales arbitrales rebajen sustancialmente las indemnizaciones reclamadas, hasta el punto de que dicha rebaja es del 85% sobre lo demandado, una proporción muy*

[2] Esta nota de prensa se puede consultar en línea en el siguiente enlace: https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/2025/marzo/la-comision-europea-rechaza-que-espana-abone-a-antin-la-compensa.html, fecha de última consulta 10 de abril de 2025.

*alta en la práctica habitual de los arbitrajes, y que, además, sigue una tendencia descendente: los nuevos laudos otorgan compensaciones cada vez más bajas: las indemnizaciones reconocidas ascienden a 1.514 millones*.

Así pues, el éxito de los productores en dichas reclamaciones tampoco puede ser considerado como pleno. Pese a ello, dicho éxito sí resulta muy superior al de los productores que han acudido a los tribunales nacionales.

A este escenario se ha sumado el hecho de que el TCE, según argumentan el Reino de España y diversos países europeos, genera una incompatibilidad con las metas climáticas vigentes. Como respuesta, se intentó actualizar el TCE y el 24 de junio de 2022 las partes contratantes alcanzaron un acuerdo preliminar para su modernización. Sin embargo, dicha propuesta no satisfizo a varios países europeos, incluyendo España. Este último, mediante una comunicación oficial del 27 de octubre de 2022 dirigida a la Comisión Europea, comunicó su determinación de retirarse del Tratado de la Carta de la Energía.

La postura adoptada por España se enmarca en un contexto más amplio. El informe sobre mitigación del cambio climático del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático, publicado en abril de 2022, identificó al Tratado sobre la Carta de la Energía como un impedimento significativo para combatir el cambio climático. Paralelamente, durante ese mismo periodo, otros estados miembros de la Unión Europea como Alemania, Francia, Países Bajos, Polonia, Eslovenia y Luxemburgo manifestaron su intención de abandonar dicho Tratado, mientras que Italia ya había tomado esta decisión en 2016.

Adicionalmente, en ese mismo año 2022, debido a las disrupciones en las cadenas de suministro tras la pandemia y, particularmente, a las repercusiones de la guerra en Ucrania, los costos energéticos experimentaron un incremento considerable, especialmente los de combustibles fósiles. Esta situación propició la implementación de diversas iniciativas, tales como los *windfall taxes* o gravámenes sobre beneficios extraordinarios de las compañías energéticas, o la denominada excepción ibérica que afectaba al mercado gasístico en España y Portugal.

En este contexto, el Parlamento Europeo emitió su Resolución de 24 de noviembre de 2022, sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía (2022/2934(RSP)), en la que consideró que el Tratado:

> *(…) es en la actualidad incompatible con los Tratados de la Unión, ya que permite a los tribunales de inversiones interpretar y aplicar el Derecho de la Unión sin introducir las salvaguardias necesarias que preservan la autonomía reguladora de la Unión y afecta de forma negativa al funcionamiento de las instituciones de la Unión de conformidad con el marco constitucional de la Unión.*

Esta resolución también señala que:

> *(…) la Unión Europea y sus Estados miembros no deben firmar ni ratificar tratados de protección de las inversiones que incluyan el mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados; lamenta que el Tratado sobre la Carta de la Energía modernizado mantenga este mecanismo obsoleto de resolución de litigios y destaca las importantes pruebas de que los árbitros de inversión no tienen en cuenta la intención del Estado de proteger sus objetivos de política pública, especialmente en lo que se refiere a la eliminación progresiva de los combustibles fósiles o la protección del medio ambiente.*

Asimismo, el Parlamento:

> *(…) lamenta que el Tratado sobre la Carta de la Energía modernizado no aborde la cuestión crítica de las técnicas de valoración, permitiendo la concesión de indemnizaciones muy superiores a los importes invertidos; observa que los cambios propuestos en las disposiciones relativas a las indemnizaciones por daños y perjuicios tendrían poco impacto, ya que los árbitros tienden a interpretar el concepto de pérdida de manera muy amplia, incluidos los beneficios futuros previstos; señala que estos métodos son muy controvertidos debido a su amplio margen de discrecionalidad y a su dependencia de supuestos sumamente complejos e intrínsecamente especulativos.*

Todas estas consideraciones acabaron significando que mediante la Decisión (UE) 2024/1638 del Consejo, de 30 de mayo de 2024, relativa a la retirada de la Unión del Tratado sobre la Carta de la Energía, la Unión Europea en su conjunto abandonase dicho Tratado. Asimismo, respecto a los laudos de energías renovables contra España, las posturas tendentes a evitar el pago han desembocado en el anuncio de la Comisión Europea en fecha 24 de marzo de 2025 de considerar como una ayuda de Estado ilegal la ejecución por parte de España de laudos arbitrales en donde se le condenase a pagar a alguna empresa radicada en la Unión Europea, si bien ya con carácter previo se sostenía que entre empresas europeas el TCE no debía operar.

## 3. Reflexiones finales

La posición de la Unión Europea con respecto a los tribunales internacionales de arbitraje de inversiones resulta ambigua. A raíz del caso del TCE se ha observado como por un lado el Parlamento Europeo en la citada Resolución de 24 de noviembre de 2022, sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía (2022/2934(RSP)) expresaba que:

> *(…) el Parlamento ha expresado la posición de que la Unión y sus Estados miembros no deben firmar ni ratificar tratados de protección de las inversiones que incluyan el mecanismo de resolución de litigios entre inversores y Estados.*

Mientras, por otro lado, en la misma resolución establece que:

> *Apoya las negociaciones en curso en el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, en las que la Unión y sus Estados miembros persiguen la creación de un tribunal multilateral de inversiones, que se convertiría en su órgano jurisdiccional competente para resolver litigios internacionales en materia de inversiones; señala que, una vez establecido, el tribunal multilateral de inversiones conocerá directamente todos los acuerdos de inversión bilaterales y multilaterales en vigor de los países que lo suscriban, incluido el Tratado sobre la Carta de la Energía; recuerda que, de conformidad*

*con el artículo 30, apartado 3, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el sistema del tribunal multilateral de inversiones prevalecerá, por tanto, sobre los mecanismos de resolución de litigios entre inversores y Estados para los países que lo suscriban; pide a la Comisión que concluya con éxito las negociaciones del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI lo antes posible.*

Así pues, se observa que la Unión Europea en este ámbito no está del todo de acuerdo con el funcionamiento de los tribunales internacionales de arbitraje de inversiones, pero, aun así, sigue creyendo (al menos parcialmente y en un marco determinado) en ellos como mecanismo válido de solución de controversias.

Antes de concluir este artículo resulta obligado reseñar que este tipo de órganos arbitrales y los tratados que los conforman no se mueven por dinámicas estrictamente jurídica o asimilables a la de los tribunales internos de un país. En este ámbito, tal y como señalaba el famoso inversor Ray Dalio, las relaciones internacionales se rigen por dinámicas de poder crudas, no existiendo más reglas que las que los países poderosos se imponen a sí mismos y a los demás. En dichas dinámicas pueden existir relaciones mutuamente beneficiosas para las partes implicadas, pero no tiene por qué ser estrictamente el caso (Dalio 2021).

Igualmente, desde la Segunda Guerra Mundial imperó en buena parte del mundo, y en especial en la esfera de influencia de Estados Unidos, el conocido como orden internacional liberal o mundo basado en reglas, que otorgaba una importancia relevante a cuestiones como la cooperación internacional o a determinadas instituciones como las Naciones Unidas. Sin embargo, el actual presidente de Estados Unidos, Donald Trump, en su segundo mandato, parece querer dinamitar dicho orden internacional bajo el argumento de que su país se ha visto perjudicado por el mismo (la verosimilitud de esto o la falta de ella no es objeto de estudio aquí). Esta voluntad se ha apreciado en actuaciones tales como el abandono de varias instituciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud o en diversas manifestaciones relativas a que su postura en las relaciones internacionales es la de obtener el mayor beneficio posible para Estados Unidos con independencia de si otros terceros estados se ven perjudicados por ello.

A esto se une la caótica situación arancelaria. A fecha actual en abril de 2025 se han impuesto unos altísimos aranceles tanto a países tradicionalmente aliados como no aliados, llegando incluso a una situación que en la práctica resulta de bloqueo comercial con China. Parte de estos aranceles se encuentran en suspenso para negociar acuerdos comerciales que eviten dicha imposición, por lo que resulta poco previsible la evolución de la situación, aunque sí se aprecia un importante daño reputacional para Estados Unidos.

En este contexto, y con una dinámica internacional en donde la que ha sido la potencia hegemónica en las últimas décadas manifiesta abiertamente su descontento con las dinámicas de cooperación internacional y con un funcionamiento del mundo basado en normas y acuerdos, el futuro de los tribunales internacionales de arbitraje de inversiones se antoja incierto. Sin embargo, es de suponer que, aunque se reconfigure su funcionamiento, este tipo de tribunales seguirá existiendo, pues resultan un mecanismo valioso para las naciones poderosas y sus grandes empresas para garantizar las inversiones de estas últimas en distintos países. No obstante, se observa también como alguno de los actores relevantes, tal y como es la Unión Europea, en casos en donde el funcionamiento del arbitraje no les resulta del todo beneficioso, como en el analizado TCE, han optado por abandonar dicho tratado.

## 4. Bibliografía

Cantero Martínez, Josefa (2016). Arbitraje internacional de inversiones y «derecho a regular» de los Estados: El nuevo enfoque comunitario en la negociación del TTIP. *Revista Española de Derecho Europeo*, 58, pp.13-45.

Dalio, Ray (2021). *Principles for dealing with the changing world order. Why nations succeed or fail.* Londres: Editorial Simon & Schuster.

Eberhardt, Pia; Olivet, Cecilia (2012). Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom. *Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute*. Amsterdam: Nouvelles Imprimeries Havaux Brussels.

Fernández Masiá, Enrique (2013). Arbitraje inversor-Estado: de «bella durmiente» a «león en la jungla». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 26, pp.5-27.

Ferreres Comella, Víctor (2014). Arbitraje, democracia y Estado de derecho: algunas reflexiones sobre la teoría de Owen Fiss. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. Yale Law School.

Flues, Fabian; Vervest, Pietje; Olivet, Cecilia; Eberhardt, Pia (2015). Lawyers subverting the public interest. Lobby group EFILA's stake in investment arbitration. *Transnational Institute, Friends of the Earth Europe and Corporate Europe Observatory*.

Iglesias Sevillano, Héctor (2018). El arbitraje internacional como camino hacia una justicia jurídico-pública global. *Revista de Administración Pública*, 206, pp.291-318.

Moreno Rodríguez, José A. (2024). La guía de la OEA sobre el derecho aplicable al arbitraje internacional de inversiones. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol.16, núm.2, pp.1144-1166.

Sodupe, Kepa; Benito, Eduardo (2000). Los problemas energéticos en la Unión Europea a la luz del Tratado sobre la Carta de la energía. *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol.XVI, pp.421-448.

Toro Valencia, José Alberto (2016). La autoridad privada en la gobernanza global. Una aproximación desde el arbitraje internacional de inversiones. *29 International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, XX-XXX*.

# LA ADOPCIÓN DE DECISIONES CON INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO: BREVE REFLEXIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE DEFENSA[1]

Luz María Puente Aba[2]

## 1.

De todos los sectores del ordenamiento jurídico, seguramente el ámbito penitenciario es el que ha permanecido más alejado de las tecnologías de la información y la comunicación. No es hasta 2022 (a través del Real Decreto 268/2022, de 12 de abril) cuando se produce una importante modificación del Reglamento penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero; en adelante, RP) para tratar de adecuar el mundo penitenciario a este importante aspecto de la realidad social. Esta reforma fue, sin duda, producto de las medidas excepcionales adoptadas en el ámbito penitenciario con la irrupción de la pandemia en 2020: la prohibición de las visitas en prisión abrió paso a las videoconferencias, sistema que vino a quedarse como una vía más para mantener contacto con el mundo exterior[3].

[1] Proyecto PID2021-123213NB-I00, financiado por MCIN/AEI/ 10.13039/501100011033 y FEDER Una manera de hacer Europa.

[2] Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidade da Coruña.

[3] Vid. por ejemplo: Cervelló Donderis, Vicenta (2022). *Derecho penitenciario*. Valencia: Tirant lo Blanch, p.287; Mapelli Caffarena, Borja; Baras González, Marcos (2022). El uso de las nuevas tecnologías en la prisión: comentario a la reforma del Reglamento penitenciario. En: León Alapont, José (dir.). *Guía práctica de Derecho penitenciario*. Madrid: Wolters Kluwer, pp.525-ss.; Solar Calvo, María Puerto; Lacal Cuenca, Pedro (2023). Pros y contras de la IA en el medio penitenciario. Algunos ejemplos y muchos riesgos. *Revista General de Derecho penal*, 40, pp.2-ss.

Así, en primer lugar, se añadió un nuevo apartado al artículo 4 del RP, donde se recoge el listado de derechos de las personas privadas de libertad. Según el nuevo apartado 3 del precepto:

> *(…) estos derechos y otros que puedan derivarse de la normativa penitenciaria, se podrán ejercer a través de las tecnologías de la información y comunicación, en función de las posibilidades materiales y técnicas de cada centro penitenciario. En el ejercicio de dichos derechos mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación, se deberán respetar en todo caso los principios vigentes en cada momento en materia de seguridad digital y protección de datos, así como las normas de régimen interior del centro penitenciario.*

De esta forma, se da entrada a la posibilidad de emplear tales tecnologías, por ejemplo, en las relaciones de las personas presas con el mundo exterior, en el desempeño de un trabajo remunerado en prisión y, en general, en el desarrollo del tratamiento individualizado penitenciario y en el disfrute de los beneficios penitenciarios reconocidos en la legislación.

Esta declaración general se concreta en diversas reformas a lo largo del articulado del RP. Así, por ejemplo, la reforma de 2022 añadió un apartado 8 al art. 41 del RP, precepto que regula las comunicaciones y visitas de las personas privadas de libertad, estableciendo que:

> *(…) las comunicaciones reguladas en esta sección podrán llevarse a cabo mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación y sistemas de videoconferencia, en función de las posibilidades materiales y técnicas de cada centro penitenciario. Estas comunicaciones se llevarán a cabo conforme a los principios vigentes en cada momento en materia de seguridad digital y protección de datos.*

Por otro lado, en el artículo 127 del RP, relativo a las bibliotecas de los centros penitenciarios, se añadió un apartado 4 que dispone lo siguiente:

> *En función de las posibilidades materiales y técnicas de cada centro penitenciario, las bibliotecas contarán con puntos de acceso a redes de información, conforme a los principios vigentes en cada momento en materia de seguridad digital y protección de datos. El uso de estos medios, tanto a los efectos prevenidos en el artículo 128 de este reglamento como con carácter general en el ámbito formativo o cultural, se regulará por las normas de régimen interior de cada centro penitenciario, pudiendo establecerse individualmente limitaciones en los términos del artículo 128.*

No obstante, ya antes de esta importante reforma del RP se habían producido algunos avances en relación con el acercamiento de las personas privadas de libertad al mundo tecnológico. Así, en esta línea cabe citar la Instrucción 2/2021, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, que actualizó el catálogo de objetos permitidos en medio abierto (esto es, para quienes cumplen condena en régimen abierto), admitiendo la posesión de *ordenadores personales, tabletas electrónicas, aparatos de telefonía móvil o libros electrónicos*, si bien siguiendo las normas de utilización que ha de disponer el Consejo de dirección de cada centro penitenciario.

Estos avances también se aprecian en relación con la propia gestión penitenciaria, que abandona progresivamente el formato papel y evoluciona hacia la digitalización de la documentación en el ámbito penitenciario: así, por ejemplo, cabe mencionar la Instrucción 8/2021, sobre historia clínica digital de Instituciones Penitenciarias, o la más reciente Instrucción 5/2025, sobre procedimiento de digitalización y archivo de protocolos sociales físicos.

**2.**

Indudablemente, la apertura del mundo penitenciario al empleo de diversas tecnologías ha de ser bienvenida, no solo porque ofrece posibilidades de mejorar las prestaciones penitenciarias, sino también porque permite no desconectar a las personas presas de la evolución de la realidad social. No obstante, es necesario estar alerta ante la posible utilización de herramientas tecnológicas, y especialmente de sistemas de inteligencia artificial, en ámbitos relacionados con

la toma de decisiones que afecten a las personas privadas de libertad, como la concesión de permisos de salida, la progresión de grado o la obtención de la libertad condicional, puesto que puede tener una incidencia negativa en los beneficios penitenciarios o en sus derechos fundamentales.

El supuesto más mediático en el que se planteó la problemática asociada al empleo de estas herramientas es el caso *Wisconsin vs. Loomis*, en Estados Unidos. Aquí los tribunales se enfrentaron al análisis del software de evaluación de riesgos COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Aternative Santions), que predice el riesgo de reincidencia de una persona condenada y, con base en la valoración efectuada, puede determinar decisiones tan importantes como la concesión o denegación de la suspensión de la pena de prisión o de la libertad condicional.

Este sistema fue llevado a los tribunales por Eric Loomis, a quien se le había denegado la suspensión de su condena (*probation*) tomando como base, entre otros extremos, una valoración negativa producida por la herramienta COMPAS[4]. Loomis alegaba que se había llevado a cabo un análisis de sus circunstancias personales con un sesgo discriminatorio, considerando negativamente, de forma automática, algunas características personales, como por ejemplo el hecho de ser varón. Asimismo, alegó que el desconocimiento sobre los *razonamientos* del algoritmo, esto es, la opacidad en torno a las valoraciones que habían desembocado en la negativa final, habían vulnerado su derecho a un juicio justo. Northpointe Inc., la empresa propietaria de COMPAS, se oponía a tal requerimiento aduciendo que, al revelar la forma de operar del algoritmo, se estaría vulnerando un secreto empresarial.

[4] Vid. sobre este caso, por ejemplo: Martínez Garay, Lucía (2018). Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State v. Loomis. Revista de Derecho penal y Criminología*, 20; Miró Llinares, Fernando (2018). Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 20, pp.22-ss.; Ramírez Barbosa, Paula Andrea (2020). Inteligencia artificial y big data. Sus aportes al Derecho penal global. En Kerikmae, Tanel; Solarte Vásquez, María Claudia; Rudanko, Matti; Ramiro Troitiño, David (coord.) *Inteligencia artificial: de la discrepancia regional a las reglas universales: integración de percepciones políticas, económicas y legales*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp.187; Valls Prieto, Javier (2021). *Inteligencia artificial, derechos humanos y bienes jurídicos*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

En 2016, el Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin rechazó las alegaciones de Loomis. Consideró, por una parte, que las valoraciones de riesgo derivadas de COMPAS no vulneraban su derecho a un juicio justo, y que no era necesario conocer el funcionamiento de la propia herramienta, al que catalogaba como un secreto de empresa: según el tribunal, el hecho de que la herramienta haga un cálculo con base en el historial real del condenado, y la posibilidad de que el juzgador posteriormente pueda aportar sus consideraciones discrecionales sobre el resultado generado por COMPAS, constituyen elementos que permiten una determinación específica de la condena individual, ajustada al caso concreto. Asimismo, el Tribunal consideró que Loomis no había llegado a demostrar que la denegación de la suspensión de la condena se había basado exactamente en el sesgo atribuido a la herramienta de inteligencia artificial. Se alineó con las consideraciones de la empresa, generando un precedente que ha sido criticado por erosionar la transparencia en la adopción de decisiones relevantes en el ámbito del proceso penal, vulnerando el derecho a tener un proceso justo y generando riesgos de discriminación difíciles de controlar y valorar. Además, si bien la sentencia trató de establecer una serie de limitaciones y advertencias en relación con el uso de estas especiales valoraciones de riesgo en el proceso penal, no dejó claro de forma determinante ni los supuestos específicos en los que podían ser tenidas en cuenta ni hasta qué punto cabría ponderar los informes generados por la herramienta de inteligencia artificial[5].

**3.**

Si trasladamos a España esta posible situación, surge ya como principal objeción la vulneración del derecho de defensa (artículo 24 de la Constitución española), que abarca el derecho a acceder a la motivación de la resolución que va a ser objeto de recurso. La sentencia del Tribunal Constitucional español 164/2021, de

[5] Vid. sobre las críticas al caso Wisconsin vs. Loomis, por ejemplo: Ávila, Fernando; Hannah - Moffat, Kelly; Maurutto, Paula (2020). The seductiveness of fairness. Is machine learning the answer? - Algorithmic fairness in criminal justice systems. En Schuilenburg, Marc; Peeters, Rick (ed.). *The algorithmic society. Technology, power and knowledge*. Londres: Routledge, pp.87-ss.; Martínez Garay, Lucía (2018): pp.494-ss.

4 de octubre, concedió amparo a una persona privada de libertad porque se le había denegado el acceso a informes que fundamentaban la denegación de un permiso de salida (y, por extensión, a los informes relativos a su clasificación penitenciaria y al diseño de un programa de tratamiento individualizado)[6]. En la sentencia se resalta que:

> *(…) este tribunal ha calificado de resoluciones estereotipadas, y como tales incompatibles con el debido respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, aquellas que 'ni dan cuenta de los fundamentos de la queja del interno ni los toman en consideración, de modo que podrían aplicarse a cualquier clase de queja fuera cual fuese su contenido y cualesquiera que fuesen los preceptos legales en los que se fundamentara. La ausencia total de identificación del caso, e incluso de los preceptos aplicables, convierte en imposible el conocimiento por el interesado o por cualquiera de las razones de la decisión'.*

Se plantea entonces el importante reto de respetar este derecho ante el imparable avance de herramientas de inteligencia artificial que sirven como instrumento para la adopción de este tipo de decisiones. De hecho, el empleo de la tecnología en la adopción de decisiones en el ámbito penitenciario no es privativo únicamente de los modernos sistemas de inteligencia artificial, sino que está presente ya desde hace tiempo en herramientas menos complejas: así, centrándonos en el caso español, las decisiones relativas a la concesión de permisos de salida toman como base los resultados ofrecidos por una herramienta estadística (concretamente, desde la Instrucción 1/1995, de Instituciones Penitenciarias). Se trata de la denominada Tabla de Variables de Riesgo (TVR), completada con la tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares (CCP); ambas constituyen un listado de diversas variables que, tras un estudio estadístico, se han considerado influyentes en el éxito de los permisos de salida. En esta misma línea, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de

[6] Vid. sobre esta jurisprudencia constitucional: Solar Calvo, María Puerto; Lacal Cuenca, Pedro (2023): 20.

Cataluña[7] se ha desarrollado la herramienta RisCanvi, también centrada en la valoración de riesgos pero con un alcance mucho más amplio, puesto que no se centra estrictamente en los permisos de salida sino que abarca el diseño del tratamiento penitenciario individualizado.

Si bien es cierto que, como punto positivo, la aplicación de los valores y puntuaciones de los diversos ítems de los listados permiten aportar una cierta objetividad, debe tenerse en cuenta que las predicciones de riesgo genéricas que arrojan tales puntuaciones no concuerdan con la necesidad de hacer una valoración individualizada de cada caso[8].

El propio funcionamiento de estas herramientas algorítmicas resulta difícil de cohonestar, precisamente, con la jurisprudencia constitucional anteriormente expuesta. Uno de los requisitos esenciales para admitir las valoraciones algorítmicas que fundamentarán decisiones con efectos jurídicos está constituido por la transparencia y el derecho de acceso a los protocolos de toma de decisiones. Sin embargo, una vez que empieza a funcionar la herramienta de valoración y predicción de riesgos, el propio proceso automático comienza a generar una serie de combinaciones y *razonamientos* que ni siquiera son reconocibles y comprensibles para sus propios diseñadores. Tiene en cuenta una cantidad ingente de datos y variables, y sólo resultan visibles los resultados

[7] Puesto que las prisiones catalanas no dependen de la Administración general del Estado, sino del Gobierno de la Comunidad Autónoma.

[8] Sobre el funcionamiento de la TVR y la CCP, y las críticas que se le pueden plantear, vid.: Daunis Rodríguez, Alberto (2017). Permisos de salida ordinarios. Acerca de su infrautilización en el sistema penitenciario español. *Revista de Derecho penal*, 25, pp.102-ss.; Gómez López, María del Rosario; Rodríguez Moro, Luis (2015). Los permisos ordinarios de salida: antecedentes, regulación vigente y reflexiones críticas. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña*, 19, pp.402-ss; Solar Calvo, María Puerto; Lacal Cuenca, Pedro (2023): 7-ss; y bibliografía citada.
Sobre el funcionamiento del RisCanvi, y asimismo sobre las críticas que se han planteado al respecto, vid. por ejemplo: Alemán Aróstegui, Lorena (2023). El uso del RisCanvi en la toma de decisiones penitenciarias. *Estudios penales y criminológicos*, 44; Martínez Garay, Lucía (2016). Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia. La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas. *Revista española de investigación criminológica*, 14.
Vid. también el reciente trabajo comparativo de ambas herramientas: Chaves Pedrón, César (2025). Valoración penitenciaria del riesgo en los permisos de salida. *Cuadernos de Res Publica de Derecho y Criminología*, 6.

de tal operación, pero no la forma en que se ha combinado ese conjunto inconmensurable de datos, ni el peso que se ha otorgado a los diferentes factores concurrentes. De ahí el nombre de *black box* otorgado a estas herramientas, que ciertamente constituye el polo contrario a la transparencia exigida en la adopción de decisiones que producen efectos jurídicos; aún más, en el momento actual resultan dudosa la posibilidad de transformar tal *black box* en una *white box,* que permita entender globalmente los parámetros y los ulteriores resultados generados por la herramienta de valoración de riesgos[9].

Además, hay que tener en cuenta que estos mecanismos no efectúan *razonamientos* en el sentido de causa-efecto, esto es, buscando una causa individualizada para un supuesto concreto, analizando la veracidad de una hipótesis. En otras palabras, estas herramientas de inteligencia artificial se basan en la correlación, no en la causalidad[10]. Por consiguiente, el resultado arrojado por la herramienta algorítmica no responde a un análisis causal de la situación individualizada, sino que aplica al caso concreto las correlaciones que ha encontrado en su combinación y análisis de los datos masivos que ha manejado. Así, cobra sentido una de las alegaciones efectuadas por Eric Loomis en el citado caso *Wisconsin vs. Loomis*: al utilizar la herramienta algorítmica COMPAS, se había vulnerado su derecho a obtener una sentencia individualizada.

La falta de conocimiento absoluto de las variables empleadas por la herramienta algorítmica no solo impide un correcto ejercicio del derecho de defensa, sino que también puede dificultar la reacción frente al establecimiento y consolidación de criterios inadecuados, al menos desde una perspectiva general. En cambio, sí es posible reaccionar frente a la fijación de criterios inadecuados o injustos, que van más allá de los requisitos legales, cuando resulta claro y patente el contenido

[9] Vid. por ejemplo: Borges Blázquez, Raquel (2020). El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal. *Ius et Scientia*, 6(2), pp.58-59; Cotino Hueso, Lorenzo (2019). Riesgos e impactos del *big data*, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del Derecho. *Revista general de Derecho administrativo*, 50, p.4; De Miguel Beriain, Íñigo; Pérez Estrada, Miren Josune (2019). La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 25, pp.536-ss.

[10] Ávila, Fernando; Hannah - Moffat, Kelly; Maurutto, Paula (2020): 96; Borges Blázquez, Raquel (2020): 58-59.

y la aplicación de ese nuevo criterio. Así ocurrió en el caso que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo español 859/2019, de 8 de marzo, que determinó la modificación de la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 1/2012, de 2 de abril, de permisos de salida y salidas programadas. Esta Instrucción detalla el procedimiento para el estudio y valoración de la posibilidad de concesión de permisos ordinarios y extraordinarios.

En relación con los permisos ordinarios, la Instrucción establecía que debía efectuarse:

> *(…) el análisis documental del historial penal y penitenciario del interno, encaminado a la identificación y valoración de factores o variables significativos de cara al uso responsable del permiso. De este primer examen se deducirá la existencia o no de los requisitos objetivos, exigidos legalmente como la clasificación en 2° o 3° grado, el cumplimiento de la cuarta parte, y la no existencia de mala conducta, objetivada ésta en la existencia de sanciones firmes y sin cancelar, por faltas graves o muy graves.*

No obstante, si acudimos al artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre; en adelante, LOGP) y al artículo 154 del RP, que expresan precisamente tales *requisitos objetivos, exigidos legalmente*, comprobamos que indican que se podrán conceder permisos ordinarios a las personas condenadas, clasificadas en segundo o tercer grado, *siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta*. No se explicita ninguna pauta para juzgar cuándo existe buena o mala conducta; simplemente, el artículo 156 del RP establece que:

> *(…) el informe preceptivo del equipo técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno*

> *desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.*

Como puede apreciarse, no se establece como elemento objetivo y taxativo de la mala conducta el hecho de tener antecedentes por la comisión de infracciones disciplinarias graves o muy graves dentro de prisión[11]. Precisamente este hecho motivó que, a raíz de una reclamación de una persona afectada por la denegación de un permiso de salida, el Tribunal Supremo dictara una sentencia en unificación de doctrina, en la que se establece lo siguiente: *la ausencia de mala conducta es una exigencia subjetiva o valorativa que se nutre de múltiples vectores de ponderación*, si bien:

> *(…) el legislador no ha priorizado ninguno de esos criterios de evaluación de conducta, hasta el punto de constituirlo como una exigencia 'sine qua non' para que el comportamiento del penado pueda ser evaluado como idóneo para la concesión de permisos.*

Así, no puede considerarse sin más que:

> *(…) quienes tenga un expediente disciplinario activo estén privados de su disfrute, sino que fija un condicionante (ausencia de mala conducta) con un contenido semántico que, aunque evidentemente vinculado con el comportamiento disciplinario, no es su equivalente.*

Como consecuencia de esta resolución judicial, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias dictó la Instrucción 1/2022, en la que se afirma que:

> *(…) el requisito de ausencia de mala conducta exigido para la concesión del permiso ordinario de salida contemplado en el artículo 47.2 de la LOGP habrá de ponderarse con el resto de circunstancias que hacen referencia al comportamiento y actitud del interno, sin que la existencia de sanciones graves o muy graves sin cancelar comporte la carencia de tal requisito.*

[11] Vid. al respecto de esta cuestión Beltrán Núñez, Alfredo (2019). A vueltas con los permisos ordinarios de salida. *Revista de estudios penitenciarios*, pp.73-74; vid. también Daunis Rodríguez, Alberto (2017): 100; y bibliografía citada.

Por consiguiente, se reforma la citada Instrucción 1/2012 en el sentido de eliminar la necesidad de no tener antecedentes por sanciones graves o muy graves, como requisito indispensable para apreciar la ausencia de mala conducta[12].

Esta situación muestra la importancia de tener una definición clara y un conocimiento efectivo de los criterios empleados para la adopción de una decisión con efectos jurídicos. No solo es importante que la resolución esté adecuadamente motivada, sino también que se conozcan previamente los criterios que han fundamentado tal decisión. Solo de esta forma se podrá ejercer adecuadamente el derecho de defensa, permitiendo la impugnación de criterios decisivos que no respetan la legalidad o que no son adecuados para la valoración del caso concreto.

Para finalizar, cabe destacar que el Consejo de Europa aprobó el 8 de octubre de 2024 unas Recomendaciones sobre el empleo de la inteligencia artificial en las prisiones (Recommendation CM/Rec(2024)5 of the Committee of Ministers to member States regarding the ethical and organisational aspects of the use of artificial intelligence and related digital technologies by prison and probation services). En ellas, el Consejo de Europa advierte de la necesidad de respetar los principios de proporcionalidad y transparencia y el derecho a la supervisión humana de las decisiones que producen efectos jurídicos.

Por lo tanto, cualquier sistema de inteligencia artificial debe respetar estos principios básicos, y ha de garantizarse que sea empleado únicamente cuando resulte estrictamente necesario, con el menor impacto posible en los derechos fundamentales, y asegurando en todo caso la posibilidad de presentar una queja frente a las decisiones adoptadas con ayuda de estas herramientas; ello implica que sea posible acceder a las razones que han dado origen a esa decisión (existencia de motivación), para así garantizar la posibilidad de presentar un recurso frente a ella y asegurar un correcto ejercicio del derecho de defensa.

[12] Vid. sobre esta sentencia del Tribunal Supremo, que determinó la modificación de la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias: Téllez Aguilera, Abel (2022). Permisos de salida y mala conducta. *Diario La Ley*, 10020.

## 4. Bibliografía


Alemán Aróstegui, Lorena (2023). El uso del RisCanvi en la toma de decisiones penitenciarias. *Estudios penales y criminológicos*, 44, pp.1-44.

Ávila, Fernando; Hannah - Moffat, Kelly; Maurutto, Paula (2020). The seductiveness of fairness. Is machine learning the answer? - Algorithmic fairness in criminal justice systems. En Schuilenburg, Marc; Peeters, Rick (ed.). *The algorithmic society. Technology, power and knowledge*. Londres: Routledge, pp.87-103.

Beltrán Núñez, Alfredo (2019). A vueltas con los permisos ordinarios de salida. *Revista de estudios penitenciarios*, pp.67-74.

Borges Blázquez, Raquel (2020). El sesgo de la máquina en la toma de decisiones en el proceso penal. *Ius et Scientia*, 6(2), pp.58-71.

Cervelló Donderis, Vicenta (2022). *Derecho penitenciario*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Chaves Pedrón, César (2025). Valoración penitenciaria del riesgo en los permisos de salida. *Cuadernos de Res Publica de Derecho y Criminología*, 6, pp.1-19.

Cotino Hueso, Lorenzo (2019). Riesgos e impactos del *big data*, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del Derecho. *Revista general de Derecho administrativo*, 50.

Daunis Rodríguez, Alberto (2017). Permisos de salida ordinarios. Acerca de su infrautilización en el sistema penitenciario español. *Revista de Derecho penal*, 25, pp.93-113.

Dupuy de Repetto, Daniela Silva (2018). Inteligencia artificial aplicada al Derecho penal y procesal penal. En Kiefer, Mariana; Dupuy de Repetto, Daniela Silva (dir.). *Cibercrimen II: nuevas conductas penales y contravencionales. Inteligencia artificial aplicada al derecho penal y procesal penal. Novedosos medios probatorios para recolectar evidencia digital. Cooperación internacional y victimología*, Buenos Aires: B de F, pp.279-302.

Fernández Pérez, Serafín S. (2025). Permisos de salida para internos con trastornos psicológicos y discapacidades mentales / intelectuales en el sistema penitenciario español: un análisis crítico y comparado. *Diario La Ley*, 10758.

Gómez López, M. Rosario; Rodríguez Moro, Luis (2015). Los permisos ordinarios de salida: antecedentes, regulación vigente y reflexiones críticas. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña*, 19, pp.391-414.

Mapelli Caffarena, Borja; Baras González, Marcos (2022). El uso de las nuevas tecnologías en la prisión: comentario a la reforma del Reglamento penitenciario. En: León Alapont, José (dir.). *Guía práctica de Derecho penitenciario*. Madrid: Wolters Kluwer, pp.525-546.

Martínez Garay, Lucía (2016). Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia. La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas. *Revista española de investigación criminológica*, 14, pp.1-31.

Martínez Garay, Lucía (2018). Peligrosidad, algoritmos y *due process*: el caso *State v. Loomis. Revista de Derecho penal y Criminología*, 20, pp.485-502.

De Miguel Beriain, Íñigo; Pérez Estrada, Miren Josune (2019). La inteligencia artificial en el proceso penal español: un análisis de su admisibilidad sobre la base de los derechos fundamentales implicados. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 25, pp.531-561.

Miró Llinares, Fernando (2018). Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho penal y Criminología*, 20, pp.87-130.

Solar Calvo, María Puerto; Lacal Cuenca, Pedro (2023). Pros y contras de la IA en el medio penitenciario. Algunos ejemplos y muchos riesgos. *Revista General de Derecho penal*, 40, pp.1-25.

Ramírez Barbosa, Paula Andrea (2020). Inteligencia artificial y big data. Sus aportes al Derecho penal global. En Kerikmae, Tanel; Solarte Vásquez, María Claudia; Rudanko, Matti; Ramiro Troitiño, David (coord.) *Inteligencia artificial: de la discrepancia regional a las reglas universales: integración de percepciones*

*políticas, económicas y legales*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp.173-196.

Téllez Aguilera, Abel (2022). Permisos de salida y mala conducta. *Diario La Ley*, 10020.

Valls Prieto, Javier (2021). *Inteligencia artificial, derechos humanos y bienes jurídicos*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

# O PAPEL DA CARTA SOCIAL EUROPEA NA LOITA CONTRA O CAMBIO CLIMÁTICO

Andrea Baneira Suárez[1]

## 1. A complementariedade dos dereitos da Carta Social Europea na loita climática

1. Como se sabe, *Europa non é soamente a Unión Europea*[2], senón unha realidade máis ampla que inclúe o Consello de Europa (CE), outra organización internacional máis antigua e centrada –a diferenza dos obxectivos esencialmente mercantilistas da Unión Europea– na creación dun espazo político e xurídico común en Europa baseado nos valores da democracia, os dereitos humáns e o Estado Social de Dereito[3].

Neste sentido, o Consello de Europa é coñecido polo seu Convenio Europeo de Dereitos Humanos (CEDH), aprobado no ano 1950, cuxa interpretación e aplicación corresponde ao Tribunal Europeo de Dereitos Humanos (TEDH); e, aínda que en menor medida, pola Carta Social Europea aprobada en 1961 (CSE) e pola Carta Social Europea revisada e aprobada en 1996 (CSEr), cuxa interpretación corresponde ao Comité Europeo de Dereitos Sociais (CEDS), a

[1] Investigadora predoutoral. Área de Dereito do Traballo e da Seguridade Social. Facultade de Dereito - Universidade da Coruña (UDC).

[2] Véxase Carril Vázquez, Xosé Manuel (2023*)*. Los golpes bajos de la Unión Europea a la Carta Social Europea. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 13 (2), p.5.

[3] Véxase Monereo Pérez, José Luis (2022). La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia. *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 4, pp.217-218.

través dos sistemas de control (sistema de reclamaciones colectivas)[4]. Aos efectos que aquí interesan, convén lembrar que a CSE segue estando vixente[5] para aqueles Estados membros que non quixeron ratificar la CSEr[6], e tamén que a existencia do que se denominou *sistema á carta* permitiu que os Estados membros poidan aceptar tan só un mínimo de disposicións das respectivas Cartas de 1961 e de 1996 (segundo o disposto no art. 20 CSE de 1961 e no art. A CSEr)[7], de modo que os resultados dos sistemas de control do CEDS dependen tanto de que a Carta Social Europea se ratifique por parte dos Estados membros como da aceptación (total ou parcial) que os mesmos fagan das súas disposicións.

2. A pesar da súa importancia en todo o que ten que ver coa promoción e defensa dos dereitos humáns, nin a Carta Social Europea (nas súas dúas versións) nin o CEDH poden considerarse como tratados internacionais esencialmente medioambientalistas, na medida en que non consagran de maneira explícita o dereito humano fundamental da protección do medio ambiente nin, polo tanto, o dereito a un medio ambiente seguro, saudable e sostible, a diferenza do que ocorre na maioría dos sistemas rexionais de dereitos humanos[8]. Trátase de algo

[4] Véxase Salcedo Beltrán, María del Carmen (2021a). La Carta Social Europea y el protocolo de reclamaciones colectivas. *Gaceta sindical: reflexión y debate,* 36, pp.77-85.

[5] Véxase Jimena Quesada, Luis (2015). El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de Derechos Humanos y en los ordenamientos nacionales. *Revista europea de derechos fundamentales*, 25, pp.100-101.

[6] Seis son os Estados membros que ratificaron a CSE, pero non a CSEr: Croacia, Chequia, Dinamarca, Luxemburgo, Polonia e Reino Unido. Pode consultarse en https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/country-profiles.

[7] Cada Estado parte debe aceptar da CSE polo menos cinco dos chamados artigos fundamentais e dez ou corenta e cinco apartados numerados, e, da CSEr, mínimo seis artigos fundamentais e dezaseis artigos ou sesenta e tres apartados numerados. Véxase Canosa Usera, Raúl Leopoldo; Carmona Cuenca, Encarnación (2024). *La Europa de los derechos sociales: la Carta Social Europea y otros sistemas internacionales de protección*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp.31-34.

[8] Como a Carta Africana de Dereitos Humanos e dos Poblos e o seu Protocolo Adicional sobre os Dereitos da Muller en África, o Protocolo Adicional á Convención Americana sobre Dereitos Humanos en Materia de Dereitos Económicos, Sociais e Culturais, a Carta Árabe de Dereitos Humanos e a Declaración de Dereitos Humanos da Asociación de Nacións do Sudeste Asiático (tal e como informa o Consejo de Europa (2022). *Manual on Human Rights and Environment*. Estrasburgo: Consejo de Europa, par.17); e, tamén, a propia Unión Europea, que incluiu no seu marco normativo a protección do medioambiente. Véxase Álvarez

comprensible, dado que esta omisión responde o contexto histórico no que o Consello de Europa foi fundado tras a Segunda Guerra Mundial (en virtude do Tratado de Londres de 5 de maio de 1949), sen prexuízo de que, co paso do tempo, a propio CE a través da súa Asemblea Parlamentaria (APCE)[9] –coas reticencias do Comité de Ministros por razóns diversas, tales como o risco de desvirtuar outros dereitos ou a politización do labor xudicial[10]– preocupouse de que a protección do medio ambiente sexa tamén unha prioridade global no seu seo. Con todo, que non sexan tratados esencialmente medioambientalistas, non significa que os dereitos recoñecidos nos seus respectivos contidos sexan alleos a todo o que ten que ver co medio ambiente e a necesidade da súa protección[11], especialmente nunha época como a actual, caracterizada por unha aceleración innegable do cambio climático e con repercusións negativas sobre moitos dos dereitos que recoñecen numerosos tratados internacionais[12].

3. En efecto, existe unha relación clara e directa entre medioambiente e dereitos humanos, tal e como evidenciou a propia xurisprudencia do TEDH construída ao redor dunhas catrocentas sentenzas e decisións sobre cuestións de dereito ambiental[13]. E, loxicamente, tamén existe unha relación clara entre

Cuesta, Henar (2025). Aniversario del Tratado de adhesión de España a las comunidades europeas y cambio climático. *Briefs AEDTSS,* 26.

[9] Recomendación 1431 APCE *Acciones futuras que debe tomar el Consejo de Europa en el campo del medio ambiente* (4 de noviembre de 1999); Recomendación 1614 APCE *Medio ambiente y de Derechos Humanos* (27 de junio de 2003); Recomendación 1885 APCE *Redacción de un documento adicional Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo al derecho a una vida sana Medio Ambiente* (30 de septembre de 2009). Véxase Heri, Corina (2022). Justice in the liminal: The Council of Europe and the right to a healthy environment. *International and Comparative Law Quarterly*, 73(2), p.325. DOI:10.1017/S0020589324000071.

[10] Véxase *Ibidem.*

[11] Consejo de Europa (2010). *Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right to a healthy environment: Reply to Recommendation.* Estrasburgo: Consejo de Europa Par.9.

[12] Véxase Canosa Usera, Raúl Leopoldo (2024). Protección de los derechos fundamentales frente al cambio climático en la última jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y realidad constitucional,* 54, pp.487-501. DOI 10.5944/trc.54.2024.43321.

[13] Véxase Eicke, Tim (2022). Climate Change and the Convention: Beyond Admissibility. *European Convention on Human Rights Law Review*, 3(1), p.13.

medioambiente e condicións de traballo, até o extremo de que o cambio climático deteriora o goce de moitos dereitos laborais (algún deles mesmo cae dentro do radio de acción dos dereitos fundamentais). Este é o fundamento crave deste traballo, pois a protección do medio ambiente e a protección dos dereitos sociais son complementarias e están estreitamente vinculadas entre si, dado que resulta evidente que a deterioración do medio ambiente ten un impacto innegable no goce de moitos dereitos sociais –por tanto, o non tomar medidas para evitar ou reducir a súa deterioración por parte dos Estados pode equivaler a vulnerar dereitos sociais específicos– e, pola contra, respectar adecuadamente as obrigacións de dereitos sociais pode contribuír a mellorar a protección medioambiental[14].

4. Si, o principal obxectivo aquí perseguido é evidenciar que a garantía tanto do dereito das persoas traballadoras a unhas condicións de traballo xustas, seguras e saudables, como do dereito á protección da saúde, repercute positivamente no medioambiente –ao configurarse igualmente como outro medio específico de loita contra o cambio climático–, cuxa protección –e o seu impacto sobre as persoas– pode chegar a condicionar a realización do propio traballo por conta allea no que ten que ver coas súas distintas formas e a distribución do tempo que a persoa traballadora ten que dedicar á execución do contrato de traballo (isto é, a xornada).

E é que, en efecto, o papel que xoga a Carta Social Europea aquí é innegable, reparando sobre iso as conclusións e decisións do CEDS ao habela considerado como un "instrumento vivo" que debe ser interpretado á luz das condicións sociais actuais atendendo ao continúo enriquecemento dos dereitos de cada etapa histórica[15], establecendo deste xeito un sistema de garantías dinámico que persegue a ampliación do estándar de dereitos fundamentais xa garantizados[16],

[14] Véxase o discurso de Giuseppe Palmisano, expresidente do Comité Europeo de Dereitos Sociais, na Conferencia de Alto Nivel *Protección del Medio Ambiente y Derechos Humanos* (Estrasburgo, 27 de febreiro de 2020), p.1. Dispoñible en: https://rm.coe.int/palmisano-statement-environment-humanrights-27-02-20/16809cbfec.

[15] Véxase Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Grecia, reclamación colectiva n.º 30/2005, decisión sobre o fondo, do 6 de decembro de 2006, par.194.

[16] Véxase Monereo Pérez, José Luis (2022), p.269.

o que supón, en definitiva, incluír aquí tamén todo o relacionado coa protección do medio ambiente.

5. O papel que xoga a Carta Social Europea na loita contra o cambio climático pode comprobarse no estudo de tres concretos dereitos que figuran no seu contenido[17], de acordo coa interpretación e aplicación que fai dos mesmos o CEDS a través dos sistemas de control xa indicados –a semellanza do que fai o TEDH con aqueles dereitos relacionados coa protección do medioambiente que recoñece o CEDH–, onde a configuración das condicións de vida e de traballo opera como un claro medio de protección tanto da persoa traballadora como do medioambiente fronte aos riscos inherentes a ocupacións perigosas ou insalubres, pero tamén fronte á deterioración que supón o cambio climático no goce dunhas condicións de vida e traballo dignas e xustas.

Tales preceptos permiten evidenciar que, aínda que a CSE non sexa estritamente ambientalista, a protección do medio ambiente atópase no seu centro de garantías e interrelaciónase cos dereitos laborais, incluíndo tamén os que inciden sobre as formas e realización do traballo por conta allea e a súa distribución temporal. E así pode comprobarse no epígrafe II (sobre *O dereito a unhas condicións de traballo xustas, seguras e saudábeis na protección do medio ambiente*), no que se aborda a análise tanto do dereito a unhas condicións de traballo xustas (art. 2 CSE e art.2 CSEr), como do dereito a unhas condicións seguras e saudables (art. 3 CSE e art. 3 CSEr), e no epígrafe III (sobre *O dereito á protección da saúde na protección do medio ambiente*) no que se aborda o dereito á saúde (art. 11 CSE e art. 11 CSEr).

## 2. O dereito a unhas condicións de traballo xustas, seguras e saudábeis na protección do medio ambiente

6. O dereito a unhas condicións xustas de traballo e o dereito a condicións seguras e saudables atópanse regulados, respectivamente, nos artigos 2 e 3 da CSE e da CSEr, atopándose ambos intrínsicamente vinculados entre si, dado que o fin último das previsións sobre o tempo de traballo (art. 2) é salvagardar a

[17] Véxase Consejo de Europa (2022), par.215.

seguridade e saúde da persoa traballadora (art.3)[18], até o punto de definir os límites sobre a xornada e os períodos de descanso como instrumentos fundamentais de protección[19].

No que respecta ao artigo 2, en ambos os textos da Carta Social Europea garántese o exercicio efectivo das condicións xustas mediante disposicións sobre xornadas laborais razoables, períodos de descanso axeitados, vacacións anuais pagas e medidas específicas para protexer ás traballadoras e traballadores de ocupacións perigosas e insalubres (apartado 4), sendo precisamente neste último aspecto onde o CEDS identificou un vínculo coa protección ambiental, aínda que con diferenzas entre ambas as Cartas, porque na versión de 1961 establécense medidas compensatorias (vacacións adicionais pagas e/ou redución de xornada) para mitigar riscos, mentres que na versión revisada de 1996 adóptase un enfoque preventivo, esixindo a eliminación dos riscos inherentes a estas ocupacións e contemplando unicamente compensacións cando non sexa posible erradicar ou reducir de maneira suficiente eses riscos.

Pola súa banda, o artigo 3 –que deriva do dereito á integridade personal[20] e vincúlase ao dereito á vida (art. 2 CEDH)[21]– establece obrigacións diferenciadas segundo o texto, xa que mentres a CSE limítase a requirir regulamentos e o seu cumprimento, a CSEr impón aos Estados a formulación de políticas nacionais integrais de seguridade e saúde, con servizos médicos especializados e revisións periódicas.

7. Na súa interpretación da relación entre estes dereitos e a protección do medio ambiente, a doutrina do CEDS determinou que, cando a contaminación poida dar lugar a unha violación destes dereitos, os Estados deben adoptar, aplicar e supervisar eficazmente as regulamentacións en materia de seguridade e saúde, e proporcionar beneficios adicionais ás traballadoras e traballadores que realizan

[18] Véxase: Confédération Générale du Travail (CGT) v. Francia, reclamación colectiva n.º 22/2003, decisión sobre o fondo, do 7 de decembro de 2004, par.34.

[19] Véxanse Conclusións XIV-2 (1998), Observacións interpretativas sobre os artigos 2.1 e 2.5.

[20] Véxanse Conclusións I (1969), Observación interpretativa sobre o artigo 3.

[21] Véxanse Conclusións XIV-2 (1998), Observación interpretativa sobre o artigo 3.

ocupacións perigosas ou insalubres[22]. Así, no caso Fundación Marangopoulos para os Dereitos Humanos (MFHR) contra Grecia[23], o CEDS concluíu que se infrinxiu o art. 2.4 da CSE, ao constatar que a lexislación grega non outorgaba a quenes traballaban en minas, expostos de forma excesiva a riscos laborais derivados da contaminación do aire das actividades mineiras, unha compensación en forma de tempo libre adicional (para. 236), nin esixía que os convenios colectivos contemplasen devandita compensación (para. 239).

Así mesmo, determinou a violación do artigo 3.2 da CSE ao non contar cos recursos humanos necesarios para supervisar adecuadamente o cumprimento da normativa de seguridade laboral, sumado á ausencia de información precisa sobre accidentes laborais no sector mineiro (para. 231). Desta maneira, o CEDS subliña que, para cumprir coas súas obrigacións, as autoridades nacionais deben garantir a correcta aplicación das normas e regulamentos ambientais, o que require a instauración de mecanismos de supervisión axeitados, así como desenvolver e actualizar periodicamente unha normativa ambiental suficientemente completa (para 203).

8. No caso concreto de España, o estudo da aplicación destes dereitos require ter presente que ate o ano 2021 non se materializou a ratificación e aceptación íntegra das disposicións da CSEr, así como do sistema de reclamacións colectivas (establecido no Protocolo Adicional de 1995)[24], de modo que, con anterioridade a devandita data, España atopábase vinculada exclusivamente á aplicación dos artigos 2 e 3 da CSE e ao mecanismo de control de informes, sistema baixo o cal o CEDS constatou incumprimentos reiterados destas disposiciones[25]. No que concerne ao apartado 4 do artigo 2 da CSE, o CEDS

[22] Véxase Consejo de Europa (2022), par.109.

[23] Véxase Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Grecia, reclamación colectiva, n.º 30/2005, decisión sobre o fondo, do 4 de novembro de 2003.

[24] Pode consultarse en https://rm.coe.int/spain-april2024-en-2787-3886-1577-1/1680afc6fa. Sobre o mesmo, véxase Jimena Quesada, Luis (2022). La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España: nuevas garantías para los derechos sociales tras la ratificación de la versión revisada. *Teoría y realidad constitucional,* 50, pp.251-253.

[25] Véxase, con relación ao incumplimento do artigo 3, Salcedo Beltrán, María del Carmen (2021b). Conclusiones 2021 del Comité Europeo de Derechos Sociales: más utopía que realidad en los derechos relativos a la salud, la Seguridad Social y la protección social. *Revista General de Derecho Europeo,* 57. E,

considerou que, aínda que a situación lexislativa e práctica en España respecto da eliminación ou redución de riscos en ocupacións perigosas ou insalubres axústase ao establecido na CSE, non ocorre o mesmo co dereito a medidas compensatorias axeitadas, xa que non se dispón de información detallada sobre as garantías aplicables nos casos en que devanditos riscos non poidan ser eliminados ou mitigados, e, ademais, a normativa española non contempla expresamente a redución da xornada laboral como medida compensatoria, limitándose unicamente a establecer medidas de carácter organizativo[26].

En relación co apartado primeiro do artigo 3 da CSE, o CEDS mostrou a súa preocupación pola transposición incompleta da Directiva 2013/59/EURATOM do Consello, de 5 de decembro de 2013, pola que se establecen normas de seguridade básicas para a protección contra os perigos derivados da exposición a radiacións ionizantes, e a Directiva (UE) 2017/2398 do Parlamento Europeo e do Consello, de 12 de decembro de 2017, pola que se modifica a Directiva 2004/37/CE relativa á protección dos traballadores contra os riscos relacionados coa exposición a axentes carcinógenos ou mutáxenos durante o traballo, o que xustificou que solicite ao Goberno de España que no seu seguinte informe apunte probas do cumprimento pleno destas normativas europeas, particularmente no relativo á protección de persoas traballadoras expostas a riscos como o amianto ou sustancias como benceno, advertindo que de non acreditarse devandita adecuación non poderá considerarse cumprido o artigo 3.1[27].

Finalmente, en relación co apartado segundo do artigo 3 da CSE, o CEDS reitera a súa conclusión de non conformidade debido á insuficiencia de medidas para reducir a alta sinistralidade laboral (322 accidentes mortais en 2019, superando a media da Unión Europea), a falta de datos sobre enfermidades profesionais e a ausencia de información detallada sobre a eficacia das inspeccións de traballo

---

no que concerne ao incumplimento do artigo 2, véxase Salcedo Beltrán, María del Carmen (2019). Conclusións XXI-3 (2018) do Comité Europeo de Dereitos Socais: Evidencias de la 'indiferencia' y 'resistencia' a la Carta Social Europea. *Derecho de las relaciones laborales,* 5, pp.541-552.

[26] Véxanse Conclusións XXII-3 (2023) sobre España, do artigo 2.4.

[27] Véxanse Conclusións XXII-2 (2021) sobre España, pp.6-7.

(a pesar das 276.935 visitas realizadas en 2019), esixindo no próximo informe estadísticas completas, probas de transposición de directiva europeas e detalles sobre o alcance e resultados das inspeccións para poder avaliar a súa cumplimiento[28].

### 3. O dereito á protección da saúde na protección do medio ambiente

9. O dereito á protección da saúde, que aparece reflectido con idéntica redacción tanto no artigo 11 da CSE como no art. 11 da CSEr, transcende do ámbito estritamente social para erixirse como requisito previo para a preservación da dignidade humana[29] –valor fundamental que informa tanto a Carta Social Europea como o CEDH–, pois o acceso efectivo á atención sanitaria constitúe un orzamento indispensable non só para o exercicio doutros dereitos fundamentais –como o dereito á vida (art. 2 CEDH) e o dereito á prohibición da tortura e tratos inhumanos (art. 3 CEDH)[30], así como o dereito á vida privada e familiar (art. 8 CEDH)[31]–, senón para a propia existencia digna das persoas, xerando así unha relación de mutua dependencia normativa[32].

Esta interdependencia impón aos Estados obrigacións que van máis aló do mero recoñecemento formal do dereito á saúde[33], esixindo a adopción de tres medidas concretas e efectivas para garantir a súa plena realización, que son as que figuran precisamente nos tres apartados do artigo 11 da Carta Social Europea. Así, o apartado primeiro impón aos Estados a adopción de medidas eficaces dirixidas a erradicar os factores determinantes de condicións insalubres; o apartado segundo leva o deber de implementar sistemas de orientación e

[28] Véxase *Ibidem* pp.9-11.

[29] Véxase International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. Grecia, reclamación colectiva n.º 72/2011, decisión sobre o fondo, de 23 de xaneiro de 2013, párr. 50.

[30] Véxanse *Ibídem*; Conclusións 2005, Observacións interpretativas do artigo11.

[31] Véxase International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. Grecia, reclamación colectiva n.º 72/2011, decisión sobre o fondo, de 23 de xaneiro de 2013, párrs. 50-51.

[32] Véxase Canosa Usera, Raúl Leopoldo; Carmona Cuenca, Encarnación (2024), pp.305-306.

[33] Véxase Observacións interpretativas do dereito á saúde en tempos de pandemia (2020), p.5.

formación en materia sanitaria; e, finalmente, o apartado terceiro, establece a obrigación de desenvolver políticas preventivas fronte a patoloxías de carácter epidémico ou endémico e accidentes, sempre dentro dos parámetros de viabilidade razoable.

10. A interdependencia normativa antes descrita proxéctase igualmente no ámbito ambiental, pois o CEDS recoñeceu que a protección do medio ambiente constitúe un elemento inherente ao dereito á salud[34], polo que o artigo 11 engloba necesariamente *o dereito a un medio ambiente san*[35] como compoñente esencial para a plena efectividade do dereito á saúde, o cal leva a identificar aos Estados como responsables das actividades prexudiciais para o medio ambiente –xa sexan realizadas polo propias autoridades públicas ou por unha empresa privada–[36] e a imporlles a obrigación de eliminar a contaminación de forma gradual nun prazo razoable –mostrando avances mensurables e aproveitando ao máximo os recursos á súa disposición–[37], así como a implementación de medidas preventivas ante riscos ambientais[38]– mesmo ante a ausencia de certeza científica absoluta[39]– e de estratexias adecuadas[40] que inclúan campañas de sensibilización e educación para informar á cidadanía sobre os

[34] Véxase Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Grecia, reclamación colectiva n.º 30/2005, decisión sobre o fondo, de 6 de decembro de 2006, párr. 202.

[35] Véxase *Ibidem*, par.195-196.

[36] Véxanse: Consejo de Europa (2022), par.109; International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. Grecia, reclamación colectiva n.º 72/2011, decisión sobre o fondo, do 23 de xaneiro de 2013.

[37] Véxase Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Grecia, reclamación colectiva n.º 30/2005, decisión sobre o fondo, do 6 de decembro de 2006, par.203-205.

[38] Ao esixir o principio de precaución, o Comité aplicou, no ámbito dos deritos sociais, un dos principios de protección do medio ambiente. Véxase o discurso de Giuseppe Palmisano, expresidente do Comité Europeo de Dereitos Sociais, na Conferencia de Alto Nivel *Protección del Medio Ambiente y Derechos Humanos* (Estrasburgo, 27 do febreiro 2020), p.3. Dispoñible en: https://rm.coe.int/palmisano-statement-environment-humanrights-27-02- 20/16809cbfec.

[39] Véxase International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. Grecia, reclamación colectiva n.º 72/2011, decisión sobre o fondo, do 23 de xaneiro de 2013, par.145.

[40] Véxase Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Grecia, reclamación colectiva n.º 30/2005, decisión sobre o fondo, do 6 de decembro de 2006, par.203.

danos ambientales[41]. O CEDS especificou que estas obrigacións deben materializarse en seis ámbitos prioritarios de actuación, que son: 1) a contaminación do aire[42]; 2) o acceso universal á auga potable[43]; 3) a inocuidad alimentaria[44]; 4) a contaminación acústica[45]; 5) os riscos nucleares[46]; 6) e, por último, o uso de amianto[47].

Estas obrigacións, además, vense reforzadas no seu cumprimento pola protección transversal do dereito á igualdade no acceso á protección á saúde, adoptando medidas específicas que eviten que a contaminación ambiental agrave situacións de discriminación, especialmente en grupos vulnerables, como así o dispón a xurisprudencia do CEDS nos casos contra Bulgaria[48], República Checa[49] y Francia[50], onde se constatou que a inacción estatal fronte a problemáticas concretas –como a carencia de auga potable, vivendas insalubres e exposición a contaminantes en asentamentos romaníes– configura unha violación dos dereitos sociais fundamentai ao agravar as desigualdades sanitarias e perpetuar situacións de discriminación estructural[51].

---

[41] Véxase International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. Grecia, reclamación colectiva n.º 72/2011, decisión sobre o fondo, do 23 de xaneiro de 2013, par.157; Conclusións 2005, sobre República de Moldavia do artigo 11.2.

[42] Véxase Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Grecia, reclamación colectiva n.º 30/2005, decisión sobre o fondo, do 6 de decembro de 2006, par.203.

[43] Véxanse Conclusións 2013, sobre Georgia do artigo 11.3.

[44] Véxanse Conclusións XV-2 (2001), sobre Chipre do artigo 11.3.

[45] Véxanse Conclusións XVII-2 (2005), sobre Portugal do artigo 11.3.

[46] Véxanse Conclusións XV-2 (2001), sobre Francia do artigo 11.3.

[47] Véxanse Conclusións XVII-2 (2005), sobre Portugal do artigo 11.3; Conclusións XVII-2 (2006), sobre Letonia do artigo 11.3.

[48] Véxase European Roma Rights Centre (ERRC) v. Bulgaria, reclamación colectiva n.º 46/2007, decisión sobre o fondo, do 3 de decembro de 2008.

[49] Véxase European Roma and Travellers Forum (ERTF) v. República Checa, reclamación colectiva n.º 104/2014, decisión sobre o fondo, do 17 de maio de 2016.

[50] Véxase Médecins du Monde - International v. Francia, reclamación colectiva n.º 67/2011, decisión sobre o fondo, do 11 de setembro de 2012.

[51] Consejo de Europa (2022), pp.121-123.

11. Precisamente, dentro deste último marco interpretativo, o CEDS determinou por unanimidade que España incorreu na violación dos apartados 1 e 3 do artigo 11 da Carta Social Europea ao constatar que as autoridades omitieron implementar medidas axeitadas para abordar o caso denunciado da grave situación derivada da prolongada e recorrente falta de electricidade nos sectores cinco e seis do asentamento da Cañada Real Galiana (na Comunidade Autónoma de Madrid) desde outubro de 2020[52] , o cal xa motivara a adopción de medidas inmediatas para evitar danos graves e irreparables á poboación afectada (4500 habitantes, incluídos uns 1800 menores)[53] .

En concreto, o CEDS observou que a falta de acceso a electricidade e calefacción xerou unha deterioración preexistente das condicións de saúde (parágrafo 139), obstaculizou tratamentos esenciais provocou intoxicacións e mesmo mortes (polo emprego de fontes enerxéticas alternativas perigosas como quentadores de gas butano e estufas de leña) (parágrafo 148), e xerou impactos psicosociais na poboación infantil (parágrafo 144), situación que se viu aínda máis agravada durante a situación sanitaria durante a pandemia COVID-19 (parágrafo 151).

Así mesmo, no marco do sistema de informes do ano 2017 e 2021[54], o CEDS instou a España a mellorar a recompilación de datos estadísticos desglosados sobre saúde, sinalando a falta de información actualizada sobre a poboación xitana e outros grupos étnicos[55], e mostrou preocupación pola falta de información sobre accións concretas para previr a exposición a contaminación

[52] Véxase Defence for Children International (DCI), European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA), Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) and International Movement ATD Fourth World v. España, reclamación colectiva n.º 206/2022, decisión sobre o fondo, do 11 de setembro de 2024.

[53] Véxanse Defence for Children International (DCI) and Others v. España, reclamación colectiva n.º 206/2022, decisión sobre admisibilidade e medidas inmediatas. Ao respecto, véxase Salcedo Beltrán, María del Carmen (2022). La efectividad de la Carta Social Europea en la Cañada Real Galiana: análisis jurídico de las pioneras medidas inmediatas instadas al gobierno español por el Comité Europeo de Derechos Sociales. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales,* 13(1), pp.1-19.

[54] Véxase Salcedo Beltrán, María del Carmen (2021b).

[55] Véxase Conclusión XXII-2 (2021), sobre España do artigo 11.1.

atmosférica, hídrica e industrial, así como polas deficiencias sinaladas no informe *Perfil Ambiental de España 2019*[56] respecto da xestión da auga e calidade do aire urbano[57] .

## 4. Bibliografía


Álvarez Cuesta, Henar (2025). Aniversario del Tratado de adhesión de España a las comunidades europeas y cambio climático. *Briefs AEDTSS,* 26.

Canosa Usera, Raúl Leopoldo; Carmona Cuenca, Encarnación (2024). *La Europa de los derechos sociales: la Carta Social Europea y otros sistemas internacionales de protección.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Canosa Usera, Raúl Leopoldo (2024). Protección de los derechos fundamentales frente al cambio climático en la última jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y realidad constitucional,* 54.

Carril Vázquez, Xosé Manuel (2023*).* Los golpes bajos de la Unión Europea a la Carta Social Europea. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 13 (2).

Consejo de Europa (2010). *Drafting an additional protocol to the European Convention on Human Rights concerning the right to a healthy environment: Reply to Recommendation*. Estrasburgo: Consejo de Europa.

Consejo de Europa (2022). *Manual on Human Rights and Environment*. Estrasburgo: Consejo de Europa.

Eicke, Tim (2022). Climate Change and the Convention: Beyond Admissibility. *European Convention on Human Rights Law Review*, 3(1).

Heri, Corina (2022). Justice in the liminal: The Council of Europe and the right to a healthy environment. *International and Comparative Law Quarterly*, 73(2).


[56] Pode consultarse en: https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/calidad-y-evaluacionambiental/publicaciones/maqueta_pae_2019_11122020_tcm30-517758.pdf.

[57] Véxanse Conclusións XXII-2 (2021), sobre España do artigo 11.3; Conclusións XXI-2 (2017), sobre España do artigo 11.3.

Jimena Quesada, Luis (2015). El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de Derechos Humanos y en los ordenamientos nacionales. *Revista europea de derechos fundamentales*, (25).

Jimena Quesada, Luis (2022). La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España: nuevas garantías para los derechos sociales tras la ratificación de la versión revisada. *Teoría y realidad constitucional*, (50).

Monereo Pérez, José Luis (2022). La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia. *Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum*, 4.

Salcedo Beltrán, María del Carmen (2019). Conclusiones XXI-3 (2018) del Comité Europeo de Derechos Sociales: Evidencias de la 'indiferencia' y 'resistencia' a la Carta Social Europea. *Derecho de las relaciones laborales*, 5.

Salcedo Beltrán, María del Carmen (2021a). La Carta Social Europea y el protocolo de reclamaciones colectivas. *Gaceta sindical: reflexión y debate*, 36.

Salcedo Beltrán, María del Carmen (2021b). Conclusiones 2021 del Comité Europeo de Derechos Sociales: más utopía que realidad en los derechos relativos a la salud, la Seguridad Social y la protección social. *Revista General de Derecho Europeo*, 57.

Salcedo Beltrán, María del Carmen (2022). La efectividad de la Carta Social Europea en la Cañada Real Galiana: análisis jurídico de las pioneras medidas inmediatas instadas al gobierno español por el Comité Europeo de Derechos Sociales. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 13(1).

# POLÍTICAS PÚBLICAS DISCRIMINATORIAS: TRATAMIENTO POLICIAL Y PENAL DE MENORES Y JÓVENES EN LAS BANDAS JUVENILES

Inmaculada Valeije Álvarez[1]

## 1. La construcción mediática de bandas latinas

Las políticas de prevención del delito y de seguridad ciudadana son políticas públicas: y en esta ocasión quiero tomar como un ejemplo de políticas públicas discriminatorias, tema central del 10º Seminario Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, el tratamiento policial, penal y procesal que se dispensa en España a los y las menores y jóvenes integrados en bandas juveniles y, en especial, a los que se dice pertenecen a bandas latinas.

A pesar de la existencia de ciertas dificultades para adaptar el uso del concepto de *gang,* propio de la tradición criminológica estadounidense, a la realidad española el uso de la expresión *banda latina* se ha ido extendiendo[2].[3] Hasta el

[1] Profesora Titular de Derecho Penal (Catedrática acreditada) de la Universidad de Santiago de Compostela (USC). https://orcid.org/0000-0003-0027-8216.

[2] Fernández Hernández, Antonio (2006). Las bandas latinas en España un problema emergente. En González Cussac, José Luis (coord.). *Estudios sobre la responsabilidad del menor*. Castellón de la Plana: Universidad Jaume I.

[3] Las *bandas latinas* son un fenómeno organizativo vinculado al masivo movimiento migratorio desde países latinoamericanos hacia España producido a finales de la década de los noventa del siglo pasado. Estas nuevas organizaciones juveniles tienen características y orientaciones muy distintas entre sí, tal y como sostiene Carles Feixa, que enfatiza que en su origen muchas de estas bandas u organizaciones tienen un fuerte componente político y que nacieron para vindicar la identidad latina y la condena de la brutalidad policial. Véase Feixa Pampols, Carles; Scandroglio, Bárbara; López Martínez, Jorge S.;

punto de que actualmente se emplea con connotaciones de carácter exclusivamente criminal, en el sentido de que la desviación colectiva de jóvenes latinoamericanos se presenta en términos de *organización criminal* mientras que la desviación colectiva de jóvenes autóctonos se trata en términos no tan ofensivos con expresiones como *banda callejera o tribus urbanas.* De ahí que el valor simbólico de la misma conducta antisocial protagonizada por jóvenes latinoamericanos y por jóvenes autóctonos, así como su peligrosidad percibida, acaben siendo muy diferentes[4].

Los medios de comunicación, cuyo papel en la configuración de la visión de la problemática criminal en España, es muy destacado, desde el inicio de la aparición de las pandillas latinoamericanas vincularon sus actividades con la adopción de modelos de comportamientos delictivos por parte de sus integrantes y las equipararon con las que tienen lugar en otras partes del mundo, preferentemente Estados Unidos y América Central.

En consonancia, con este enfoque, las bandas juveniles compuestas por jóvenes latinoamericanos son percibidas como grupos altamente delictivos y violentos[5].

---

Ferrándiz Martín, Francisco José (2011). ¿Organización cultural o asociación ilícita? Reyes y reinas latinos entre Madrid y Barcelona. *Papers,* (96)1, pp.145-163. Los grupos con más significación en España serán los Latin Kings y su versión femenina las Latín Queens, los Ñetas, los Dominicans Don´t Play, y Trinitarios. Según expone Mendoza Calderón, la razón de ser de casi todas no estaría relacionada con ejercer la violencia, ni con llevar a cabo actividades criminales, como tampoco están integradas únicamente por jóvenes latinoamericanos. Mendoza Calderón, Silvia (2022). *Criminalidad juvenil en la era digital.* Valencia: Tirant Lo Blanch, p.42.

[4] Maqueda Abreu, María Luisa (2019). Aproximación a la violencia juvenil colectiva desde una criminología crítica (bandas, tribus y otros grupos de calle). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4, pp.271-331; Brandariz García, José Ángel; Fernández Bessa, Cristina (2010). La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español. En: Iglesias Skulj, Agustina; Ramos Vázquez, José Antonio (coords.). *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Editorial Comarés.

[5] Una mayor atención al respecto se produjo tras el asesinato en Barcelona en octubre de 2003 de Ronny Tapias. Este joven colombiano de diecisiete años fue confundido por los integrantes de los Ñetas con un miembro de los Latín Kings lo que supuso que éste fuese agredido mortalmente. Después de este acontecimiento, los medios de comunicación llevaron a cabo una extensa difusión del caso y empezaron a informar sobre la existencia de un flujo masivo de diferentes bandas latinoamericanas en el territorio español. Las bandas callejeras de origen latinoamericano instaladas en los grandes centros urbanos

Según numerosos artículos de prensa nacional y regional, así como de acuerdo con algunos estudios periodísticos, las bandas callejeras formadas por jóvenes de origen latinoamericano representan un verdadero peligro para la seguridad y la paz pública. Además, a los pandilleros se les adscribe la participación en delitos de los que en muchas ocasiones realmente no han sido protagonistas, lo que no ha tardado en engendrar un auténtico pánico moral[6].

La continua difusión mediática de algunos mitos relativos a la naturaleza, códigos de iniciación, estructura jerárquica y sectaria de las bandas latinas y, sobre todo, con respecto a su inclinación al uso desmesurado de la violencia, contribuye a moldear la opinión pública abocándola a reclamar el endurecimiento del control penal en la delincuencia juvenil y finalmente a servir de coartada para cierta redefinición de la política criminal en términos exclusivamente represivos[7].

Por su parte, los grupos y representantes políticos enfatizan la notoria presencia de bandas latinas y ocupación de las plazas en las grandes ciudades españolas y sus actividades delictivas como altamente violentas[8]. De ahí que los jóvenes de determinados barrios periféricos, de las grandes ciudades españolas, por ejemplo, Madrid, se han convertido en los blancos principales para el despliegue de la persecución policial y a la sucesiva implementación y desarrollo de los Planes de Actuación y Coordinación Policial contra Grupos Organizados y

españoles desde aquel momento se convirtieron en uno de los blancos principales para el despliegue de la persecución policial.

[6] Sobre el concepto de pánico moral, vid. Cohen, Stanley (2017). *Demonios populares y pánicos morales. Delincuencia juvenil, subculturas, vandalismo, drogas y violencia.* Traducción de Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Editorial Gedisa

[7] Garcia España, Elisa (2016). De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión. *InDret: Revista para el análisis del Derecho,* 3/2016. Kazyrytsk, Leanid (2016). Las bandas callejeras latinoamericanas en España y el giro punitivo en el tratamiento de su problemática. *InDret: Revista para el análisis del Derecho,* 2/2016.

[8] El Secretario de Estado de Seguridad en su discurso en el Congreso de los Diputados en junio de 2013 hacía hincapié en el carácter altamente violento y criminal de las bandas latinoamericanas sosteniendo que constituían una verdadera amenaza para la seguridad del Estado (DSCD 2013). Dicho discurso se encuentra en consonancia con la implementación y desarrollo del Plan de Actuación y Coordinación Policial contra Grupos Organizados y Violentos de Carácter Juvenil promovido mediante las Instrucciones 6/2009, 4/2013 y 2/2014 de la Secretaria de Estado de Seguridad.

Violentos de Carácter Juvenil promovido mediante las Instrucciones 6/2009, 4/2013, 2/2014, 8/22 de la Secretaria de Estado de Seguridad.

## 2. Tratamiento policial: Programas de prevención y control de las bandas

Con lo que se ha dicho a modo de introducción se pretende llamar la atención sobre el progresivo endurecimiento del tratamiento penal que en España se otorga precisamente a las bandas de origen latinoamericano, aunque no se utilice esta denominación directamente y se prefiera la de *grupos juveniles organizados y violentos*.

### 2.1. Instrucción núm. 17/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad, para dar continuidad al 'Plan de actuación y coordinación policial contra Grupos Organizados y Violentos de carácter juvenil'

La Instrucción núm. 17/2014 de la Secretaria de Estado de Seguridad describe el *Plan de Actuación y Coordinación Policial Contra Grupos Organizados y Violentos de Carácter Juvenil.* En ella se recogen los criterios esenciales de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado frente a la actividad delictiva de estas bandas y determinan los indicadores para considerar, desde el punto de vista policial, la integración de los individuos en las bandas juveniles, de las que las bandas latinas son una especie[9].

A los efectos de esta Instrucción se consideran *bandas juveniles* o *grupos violentos de carácter juvenil* los integrados por menores de edad, o conjuntamente por menores y jóvenes, entre catorce y treinta años, como edades de referencia, que presentan estructuras de cohesión y disciplina interna y cuyas actuaciones derivan en conductas, en algunas ocasiones, de carácter violento que generan alarma social.

[9] González García, Carlos (2021). *Estudio y tratamiento de los Nuevos Grupos Juveniles Organizados y Violentos (NGJOV) desde la perspectiva del internamiento en centros educativos de Cataluña.* Universidad de Castilla - La Mancha: Tesis doctoral. Disponible en: https://hdl.handle.net/10578/29660.

Los grupos o bandas juveniles violentos más relevantes localizados en España están clasificados utilizando criterios de *ideología y nacionalidad de origen*, y se dividen en los siguientes bloques:

- Grupos violentos antisistema de extrema derecha. Se entenderán aquellos grupos de inspiración neonazi, fascista, xenófoba, antisemita, etc.

- Grupos violentos antisistema de extrema izquierda. Se entenderán los grupos de ideología antisistema de extrema de izquierda, movimientos ocupas radicales y antifascistas radicales.

- Grupos violentos de origen latino. Se entenderán las bandas creadas a semejanza o inspiración de las que operan en los países Iberoamericanos.

- Otros. En este grupo se incluirán aquellas bandas que no sean clasificables en los puntos anteriores, previo acuerdo de la Comisión de Seguimiento prevista en la Instrucción.

Asimismo, se realiza una segunda clasificación de acuerdo con el grado de independencia o autonomía de estos grupos. Se consideran *grupos de referencia* aquellas organizaciones, de implantación nacional o internacional, dotadas de elementos ideológicos, modus operandi y signos distintivos propios, con capacidad para aglutinar, bajo su misma denominación, a una serie de *grupos subordinados* (capítulos, subgrupos, etc.) en ámbitos territoriales distintos. Se consideran *grupos subordinados* aquellas unidades organizadas y con capacidad operativa propia que, aun actuando en su ámbito territorial con determinado grado de autonomía, mantienen una dependencia orgánica o simbólica con alguna *organización de referencia*, de la que toman su denominación genérica y sus principales signos distintivos. Y, por último, se consideran *grupos independientes* aquellas bandas que, sin perjuicio de sus eventuales conexiones con otra ideología afín o características similares, actúan con suficiente autonomía y sin dependencia directa con un *grupo de referencia*.

La Instrucción núm. 17/2014 contempla un catálogo de medidas preventivas y operativas para las direcciones generales de policía y la Guardia Civil, entre las que destaca:

1. Elaboración de Planes de Información Específicos de seguimiento de estos grupos y de su actividad delictiva.

2. Elaboración de un catálogo o censo unificado de grupos violentos de carácter juvenil que recoja, debidamente clasificados según los criterios de ideología y nacionalidad de origen, independencia o autonomía, y con indicación de su grado de actividad.

3. Intensificación de la presencia y vigilancia preventiva policial, fundamentalmente en aquellos lugares donde se haya detectado la implantación o actuación esporádica de grupos violentos organizados, así como los fines de semana y periodos vacacionales, en las zonas de reunión y ocio de los jóvenes. La actuación preventiva policial, podrá complementarse con dispositivos policiales integrados por personal no uniformado.

4. Intensificación del control y seguimiento de las redes sociales, páginas WEB y foros de Internet que sean activos donde se marquen pautas de comportamiento para los integrantes de estos grupos.

5. Reclamar ante los jueces competentes las medidas judiciales que procedan contra los servidores, empresas, dominios y particulares que sean titulares o alberguen dichas páginas WEB.

6. Control de la situación administrativa de los integrantes de estas bandas, promoviendo, en su caso, ante los órganos competentes las medidas previstas en materia de extranjería.

7. Cuando se trate de bandas originarias o que operen en otros países, se promoverá el intercambio de información relativa a su estructura, componentes y características, aprovechando para ello las vías de comunicación establecidas en dichos países (Embajadas, Oficiales de Enlace, etc.).

Son especialmente reseñables las medidas de coordinación con otros cuerpos policiales o judiciales, y especialmente con el Ministerio Fiscal, y con un triple objetivo:

1. Desvincular de las bandas a los menores que hayan cometido concretas actuaciones delictivas (fomentar la salida de los miembros o des- adicción) o se encuentren en situación de desamparo, prestándoles el apoyo y protección necesaria en coordinación con los servicios sociales competentes.

2. Para impulsar la labor de identificación y seguimiento de los delincuentes mayores de edad integrados en estas bandas.

3. Para establecer criterios y contenidos esenciales de los atestados policiales para documentar aquellas circunstancias que permitan inducir la concurrencia de las condiciones preceptuadas en el art. 515 CP para la eventual imputación de un delito de asociación ilícita, o en los art. 570 bis y 570 ter CP, en relación con las organizaciones o grupos criminales (estabilidad, reparto de tareas, finalidad delictiva del grupo, etc.).

### 2.2. La Instrucción núm. 8/22 del Secretario de Estado de Seguridad, actualización del 'Plan de Actuación y Coordinación Policial contra Grupos Violentos de Carácter Juvenil'

La Instrucción núm. 8/22 del Secretario de Estado de Seguridad, mantiene las mismas edades de referencia (14-30 años) y criterios para identificar a los grupos violentos de carácter juvenil (estructuras de cohesión, disciplina interna y actuaciones que deriven en ocasiones en conductas de carácter violento que generan preocupación y alarma social). Se diferencia en que introduce una nueva clasificación de este tipo de organizaciones y añade otras a partir de criterios de ideología, motivación y vinculación con ámbitos concretos, de modo que los grupos o bandas juveniles violentos más relevantes localizados en España son:

- Grupos violentos de extrema derecha, aquellos de inspiración neonazi, fascista, antisemita, etc.

- Grupos violentos de extrema izquierda y anarquistas, incluidos los movimientos 'okupas' o antifascistas de carácter radical.

- Grupos violentos de referencia grupal latino, bandas creadas a semejanza o inspiración de las que operan en países iberoamericanos, importadas *de*

*aquellos países y que en la actualidad están formadas por miembros con independencia de su origen étnico o nacional.*

- Grupos violentos en el deporte, en los que la violencia integra parte del estilo de vida de los seguidores más fanáticos de equipos deportivos, en especial la que tiene lugar con ocasión de partidos de fútbol.

- Grupos violentos movidos por el odio, que ejercen la violencia contra otras personas por motivos discriminatorios, porque las perciben como diferentes o vulnerables, por lo que sus acciones incluyen elementos compatibles con los delitos de odio o la agravante de discriminación, y siempre que no se hallen incursos en ninguno de los grupos anteriores.

- Otros: aquellos casos de concertación eventual, esporádica o espontánea de jóvenes para ejercer la violencia por alguna de las motivaciones contempladas en los apartados anteriores o que persiguen ejercer violencia física, psíquica o sexual o causar daños a bienes colectivos.

La Instrucción 8/22 del Secretario de Estado de Seguridad, pone énfasis en:

- La coordinación y el intercambio de la información obtenida entre los servicios policiales dedicados a la persecución de los grupos violentos juveniles y los especializados en otros Planes preventivos de la Secretaría de Estado de Seguridad (Plan Director para la Convivencia y Mejora de la Seguridad en los Centros Educativos y sus Entornos, Plan contra los Delitos de Odio o el Plan Estratégico Nacional de Lucha Contra la Radicalización Violenta).

- La colaboración entre las unidades policiales y las autoridades judiciales y fiscales para garantizar que las investigaciones policiales lleven a la imposición de condenas acordes con la gravedad de los hechos investigados y que produzcan un efecto disuasorio sobre sus integrantes actuales y potenciales.

- Incrementar el seguimiento de las redes sociales más frecuentadas por menores y jóvenes, dada la intensa actividad en ellas de los grupos violentos de carácter juvenil para coordinar acciones de contenido violento; para difundir mensajes identitarios con apología delictiva de tendencia

xenófoba, racista o antisemita, o para exaltar comportamientos violentos inspirados en el odio a las minorías o en la diferencia étnica o ideológica.

## 3. Tratamiento del menor perteneciente a una banda en el ámbito del Derecho Penal Juvenil

En primer lugar, puede destacarse que el endurecimiento del tratamiento de la problemática de las bandas a nivel legislativo se inició mediante la modificación de la política criminal en el ámbito de la delincuencia juvenil. Con la entrada en vigor de la LO 8/2006, de Responsabilidad Penal del Menor que modifica la LO 5/2000, de 12 de enero (LORPM) que regula Responsabilidad penal de los menores, se produjo un endurecimiento de las medidas de régimen cerrado que pueden imponerse al joven por la comisión de delitos –independientemente de su gravedad– en grupo o por los pertenecientes o actuantes al servicio de una banda, organización o asociación (arts. 9.2 c y 10), la previsión de su cumplimiento en los centros en los que se refuercen las medias medidas de seguridad impuestas (Disposición adicional 6ª) o bien en centros penitenciarios cuando el menor alcance la edad de dieciocho años si su conducta no responde a los objetivos propuestos o ya de forma automática, a los 21 salvo que existan otras circunstancias que aconsejen lo contrario[10]. Actualmente, según el art. 10.b si un menor ha cometido un delito, en virtud de su pertenecía a una banda, su estancia en los centros de menores puede llegar a ser de seis años frente al máximo de dos años que por regla general se establece en la LORPM[11].

En el caso de que el menor pandillero fuera reincidente, la LORPM prevé que el juez deba imponer un internamiento en régimen cerrado completado sucesivamente con una medida de libertad vigilada hasta cinco años. Por otro

[10] Art. 9.2 de la LORPM puede imponerse una medida de internamiento en régimen cerrado cuando los hechos delictivos (grave o menos grave) cuando: a) la actuación sea en grupo, o b) cuando el menor pertenezca o actuare al servicio de una banda, organización o asociación incluso de carácter transitorio que se dedicara a la realización de tales actividades. Se amplían pues las posibilidades de imposición de medida de internamiento en centro cerrado a supuestos en los que no concurre violencia o intimidación. Debe ser objeto de exégesis restrictiva: la actuación en grupo no debe desplazar ni sobreponerse a la gravedad objetiva del hecho enjuiciado.

[11] Expresiva, la SAP Madrid 19/03/2007.

lado, la designación, para el cumplimiento de la medida del centro de reforma más cercano al entorno familiar encuentra una excepción si ese menor está integrado en una banda.

Es creencia generalizada en el mundo académico que este incremento de la presión penal con respecto a la desviación de los jóvenes que pertenecen a las bandas ha sido inspirado básicamente, pensando en las bandas latinoamericanas, y dejando al margen otras agrupaciones juveniles[12].

La última novedad en el ámbito del derecho penal juvenil represivo es la reciente 122/ 000145 Proposición de Ley Orgánica por la que se modifica la LORPM para rebajar la edad penal y sancionar con más firmeza y eficacia los delitos cometidos por menores, presentada por el Grupo Parlamentario Vox[13].

La Exposición de Motivos de esta Proposición de Ley comienza diciendo que la LORPM[14], ha quedado totalmente superada por la realidad actual. La proliferación de nuevas figuras delictivas importadas, junto con la inmigración ilegal, masiva y descontrolada y desconocidas en España junto a la buscada hipersexualización de los menores en los ámbitos educativos y social contribuye a ese desfase y a que la delincuencia preadolescente y adolescente no pare de crecer, tanto en la cantidad de delitos como en la gravedad de los mismos.[15]

En consecuencia, según los proponentes es absolutamente necesario sancionar de forma más firme y eficaz los delitos cometidos por personas menores de edad y rebajar la edad de responsabilidad penal de los menores del límite mínimo

[12] Cuerda Arnau, María Luisa (2010). Aproximación a la delincuencia juvenil colectiva desde una criminología crítica (bandas, tribus y otros grupos de calle). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 4.

[13] BOCG Serie B- Proposiciones de Ley 1 de abril de 2025, Nº 201-1

[14] Aplicable a las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho años por los delitos previstos en el CP español o en las leyes penales especiales.

[15] Afirmación, que posteriormente en la misma Exposición de Motivos reconoce que la magnitud del problema choca con la escasez de datos oficiales disponibles sobre la criminalidad de los menores. Según el mismo texto solo figuran datos en la Memoria del Fiscalía General del Estado de 2021 que refiere que se archivaron 8433 diligencias por ser los investigados menores de doce años y en la Memoria de 2024 se sitúa en el repunte en el cuarenta y cinco o en el cuarenta y siete por ciento.

actual de catorce años a los doce años, con el fin de dar una mejor respuesta en el ámbito penal[16].

Toda política pública discriminatoria lleva asociada una teoría que explique determinado fenómeno a partir las causas o factores que se relacionan con él y que son capaces de predecirlo. En este punto, para el grupo parlamentario proponente los factores se sitúan en:

> *(…) el deterioro moral y educativo a la que se ha expuesto a la juventud el incremento de la inmigración ilegal y la importación y normalización de actos delictivos no vistos por la sociedad española.*

Continúa diciendo que, según algunos expertos, en el caso de delincuencia cometida por menores y jóvenes de nacionalidad extranjera o de origen extranjero, la vinculación entre tipologías delictivas y país de origen del delincuente. Son los datos oficiales –siempre según el texto de la Proposición de Ley– los que muestran una sobre- representación de los menores y jóvenes de nacionalidad extranjera en las estadísticas de infracciones penales en relación al peso poblacional en la franja de edad infantil y juvenil residente en nuestro país[17].

Se trata de infracciones que no son susceptibles de recibir una respuesta adecuada en el ámbito familiar y asistencia civil (no son susceptibles de ser reprimidas en el ámbito del control social informal). Pues es notorio que una parte no desdeñable de esos delitos se cometen en el ámbito de familias desestructuradas o, en su caso, por menores extranjeros que rebasan nuestras fronteras y no son retornados de manera automática con sus familias, lo que contribuye a causar una gran preocupación social en la opinión pública por la sensación de impunidad de infracciones de enorme gravedad.

En consecuencia, el Grupo parlamentario VOX propone las siguientes reformas a la LORPM:

---

[16] Apela a la Disposición Adicional 6ª de la LORPM.

[17] Se hace una apelación al derecho comparado, en concreto, a Bélgica y Holanda que contemplan una edad penal doce años y a Francia de trece años.

- Modificar los actuales y fijar los límites de la responsabilidad penal del menor en un máximo dieciocho años y un mínimo doce años. Las franjas de edad en el ámbito de la aplicación de la LORPM para la graduación de las consecuencias jurídicas (*medidas educativas*) por los hechos cometidos quedaría, en consecuencia, divida en dos tramos: de doce a dieciseis años y de dieciséis años a dieciocho años. Constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciseis años la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas.

- Modificación del art. 3 LORPM relativo al régimen de los menores de doce años, al que no se les exigirá responsabilidad penal, sino que se les aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y en el resto de la normativa de protección jurídica del menor.

- Modificación del art. 7 LORPM relativo a las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, a la que se añade, la expulsión del territorio nacional del menor en caso de no ser español o para el caso de que sea privado de la nacionalidad española no de origen, esta medida supone la inmediata puesta en la frontera del menor y su consiguiente abandono del territorio español[18].

- Modificaciones necesarias para que la sentencia que condena a la expulsión del menor sea título suficiente sin necesidad de ulterior resolución administrativa. No debe ser obstáculo para la ejecución de la medida que los padres o representantes legales del menor residan en España, y tampoco podrá univocarse el interés superior del menor para paralizar o impedir la ejecución de la expulsión[19], en tal caso los padres acompañarán al menor a su país de origen o, en su caso deberán instar la adopción de

[18] Salvo lo dispuesto en el art. 7.5 de la LORPM y de acuerdo con lo previsto en el art. 28.3.a de la Ley Orgánica 4/000 de 1 de enero de Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

[19] Baste decir que la iniciativa legislativa está manifiestamente en contra de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas que garantiza que todas las decisiones que se dicten respecto a los menores deben tener plenamente en cuenta el interés del menor. Y que la intervención judicial debe inspirarse en el principio de intervención mínima y de subsidiaridad.

las medidas protectoras en su país de origen. Toda expulsión llevará aparejada la prohibición de entrada en el territorio español por un tiempo no inferior a seis años.

En consecuencia, se propone la medida de pérdida de nacionalidad española no de origen, prevista para los menores extranjeros que hayan cometido delitos de los previstos en el art. 9.2 de la LORPM, como paso previo a su expulsión del territorio nacional.

## 4. El tratamiento penal de los jóvenes adultos pertenecientes bandas latinas

### a) Las bandas latinas como asociaciones ilícitas

A la mayor criminalización de las bandas callejeras en los artículos del Código penal también ha contribuido la presión que se ha realizado por parte de los fiscales españoles. Fueron los miembros del Ministerio Fiscal los primeros en dar la voz de alarma frente a la violencia de las bandas juveniles en un momento en que era un fenómeno incipiente, casi desconocido, y que muy dudosamente podía justificar una actitud oficial tan beligerante. En la Memoria de 1998, las fiscalías de Salamanca y Ciudad Real se manifestaban particularmente radicales en su valoración de hechos puntuales de escasa gravedad.

Hasta la reforma penal del CP de 2010 el tratamiento que se deparaba a las bandas latinas era reconducir las actividades de sus integrantes hacia el delito de asociación ilícita (art. 520 CP). Este delito posibilitaba que los jueces y tribunales acordaran la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, imponer cualquier otra consecuencia accesoria de las recogidas en el art. 129 CP[20].

### b) Las bandas latinas como organizaciones criminales

Con la entrada en vigor de la reforma penal por LO 5/2010 que incorpora en el Código penal español los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, se introduce la regulación de la criminalidad organizada en España. Y a pesar de la distinta

[20] Especialmente, ilustrativas serán las STS 5971/2022, de 19 de diciembre, STS 1057/2013 de 12 de diciembre y la 337/2014 de 30 de junio sancionado por el delito de asociaciones ilícitas del art. 515 del CP.

naturaleza de las bandas callejeras y los grupos de criminalidad organizada, y las distintas finalidades a las que responden cada una de las agrupaciones, a partir de 2016 la justicia penal española ha realizado una aplicación extensiva de dichos artículos para ser aplicados a las bandas callejeras latinoamericanas. Ello es posible porque la regulación penal española del delito autónomo de criminalidad organizada en su definición legal elude dos requisitos típicos respecto a los exigidos por la normativa internacional: que la organización tenga como objetivo la comisión de delitos graves y como finalidad la obtención de beneficios económicos o materiales[21]. Tanto el art. 2 de la Convención de Palermo[22], como la legislación europea, representada por la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea de 24 de octubre de 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada enfatizan la naturaleza de grave de los delitos. En España, la acusación por delito de criminalidad organizada puede acompañar a cualquier delito leve de maltrato o de hurto.[23]

También es necesario recordar, que la acusación de pertenencia a criminalidad organizada no solo implica la imputación de un delito autónomo de pertenencia

[21] Quintero Olivares, Gonzalo (2021). La organización criminal: adiós al principio de ofensividad. *La Ley Penal,* 153, noviembre - diciembre 2021.

[22] Para ello el Artículo 2, considera: *Para los fines de la presente Convención: a) Por «grupo delictivo organizado» se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;b) Por «delito grave» se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una* privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;

[23] La Directiva considera *organización delictiva únicamente a la asociación estructurada más de dos personas establecida durante un período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años poco una pena más severa con el objetivo de obtener, directa o indirectamente un beneficio económico u otro tipo de beneficio de orden material* (art. 1.1). Por su parte, Europol ha conjugado una serie de criterios analíticos con las anteriores regulaciones normativas (Convención de Palermo, Decisión Marco de 2008, CP español y Ley de Enjuiciamiento Criminal) y en el Documento 6204/2/97 Enfopol 35, rev 2 de Europol, establece los siguientes indicadores estadísticos: a) colaboración de más de dos personas; b) reparto específico de tareas; c) actuación prolongada o indefinida en el tiempo; d) uso de algún tipo de disciplina o control interno; e) comisión de delitos graves; f) extensión de la actividad al ámbito internacional; g) uso de la violencia; h) uso de estructuras económicas o comerciales; i) implicación en el blanqueo de capitales; j) uso de influencia o corrupción; k) búsqueda de beneficios o poder.

a una organización criminal, sino que en el Código penal español también tiene otras consecuencias posibles:

a. Criterio para imponer la pena de prisión permanente revisable en el delito de asesinato (art. 140.2).

b. Es un criterio para la imposición de la custodia de seguridad (art. 36.2)[24]:

c. Criterio para la imposición del cumplimiento íntegro del (arts. 78, 78 bis);

d. Expulsión del territorio nacional (art. 89);

e. Para endurecer condiciones de acceso a la Libertad condicional (art. 90);

f. No suspensión de la pena de prisión permanente revisable (art. 92);

Según la Circular 2/2011 de la Fiscalía General de Estado sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 las bandas juveniles latinas son organizaciones de carácter criminal. De acuerdo con la argumentación expuesta en la Circular, cualquier banda callejera compuesta por jóvenes de origen latinoamericano y que se asocia con algún nombre que les permite diferenciarse frente de los demás colectivos, debe ser automáticamente interpretada en términos de criminalidad organizada. Al parecer de la Fiscalía General de Estado, todas las bandas callejeras latinoamericanas están fuertemente organizadas y tienen una orientación claramente delictiva. Concretamente, la Circular de la Fiscalía 2/2011 establece que las bandas latinoamericanas son:

> a) grupos organizados y jerarquizados, que se articulan en torno a una estructura rígida y piramidal, con obediencia ciega a sus dirigentes, y con sumisión a un conjunto de *reglas* y *leyes* propias;
>
> b) sus integrantes poseen una fuerte cohesión interna, una adhesión incondicional de sus miembros al grupo, un destacado distanciamiento del

[24] En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

entorno social originario (familia, grupo escolar, trabajo…) y asumen roles perfectamente definidos dentro de su categoría;

c) se integran, de forma predominante, por inmigrantes sudamericanos que ideológicamente defienden la supremacía de todo *lo latino*;

d) su actividad criminal, extremadamente violenta, se ejecuta en grupos de diez a quince o más individuos, cuando se trata de delitos contra la vida o la integridad física, y peleas o riñas tumultuarias entre bandas rivales; o bien en grupúsculos de tres a cinco miembros en los casos de robos con violencia o amenazas.

Esta visión excesivamente criminalizadora en cierto modo ha influido en el tratamiento que reciben las bandas callejeras latinoamericanas por parte de los tribunales españoles condenando casi sin excepción a los jóvenes pandilleros latinoamericanos por pertenencia a una organización criminal.

## 5. Tratamiento procesal: Prueba procesal de la vinculación del joven con banda

En el plano procesal la valoración de la prueba de la pertenencia del joven a la banda, en la mayoría de los casos, se realiza en base a pruebas indiciarias que apuntan, no tanto al establecimiento de una relación efectiva e instrumental entre el joven y el grupo, sino que, más bien, determinan la existencia de una relación periférica entre el sujeto y el grupo, lo que no puede evitar generar ciertas dudas desde el momento en que se admiten como pruebas totalmente validas en materia de tratamiento de las bandas callejeras.

Así, en el proceso penal en España, se consideran como pruebas de la participación o integración en la banda los siguientes indicios: la autoinculpación, la identificación por parte de un progenitor, una identificación directa o indirecta por un informador fiable, la residencia o frecuente aparición en una zona que cuente con la presencia de una determinada pandilla, la adopción de la simbología, el hecho de ser detenido tres o más veces en compañía de un miembro identificado como perteneciente a banda, las evidencias documentales y testimonios de los expertos o brigadas de información.

Todas estas pruebas son indirectas, ofrecen mucho margen para la diversidad de interpretaciones y presentan ciertas dudas sobre su posible admisión en cuanto a la determinación de la culpabilidad del sujeto.

a) La autoinculpación. Muchas veces los jóvenes pueden verse presionados por los agentes de policía para admitir los cargos, lo que genera que la autoinculpación se presente como una prueba bastante subjetiva.

b) La identificación por parte de un progenitor, tutor o un pariente como miembro de la banda. Las personas adultas frecuentemente desconocen las dinámicas que desarrollan realmente los grupos juveniles. Éstas pueden consistir meramente, por ejemplo, en la simple adopción de una determinada simbología por parte del joven sin ninguna efectiva implicación de este en la vida de una determinada pandilla. Por otro lado, la percepción errónea de estas personas puede reflejar sus miedos y preocupaciones con respecto a sus hijos, las cuales son el producto de la extensa difusión de estereotipos y tópicos sobre la realidad de las pandillas.

c) La identificación directa o indirecta por un informador fiable. En su trabajo, las policías con frecuencia acuden al uso de los servicios de diferentes informadores que, tras el pacto con la justicia y con el objetivo de evitar su persecución penal, pueden ofrecer testimonios poco fiables o falsos.

d) Residencia o frecuente aparición en una zona de parques o canchas de baloncesto que cuente con presencia de una determinada pandilla. No obstante, la mera residencia en un barrio *problemático* no puede servir como prueba de pertenencia a una banda.

e) Adopción de la simbología de las pandillas. En este sentido, no es sorprendente que muchos jóvenes latinoamericanos con el fin de solucionar sus problemas de identificación en una nueva sociedad de residencia puedan sentirse tentados por la adopción de una estética pandillera que les parece atractiva y que no genera ningún compromiso con la desviación de estos grupos.

f) El hecho de ser detenido tres o más veces en compañía de un sujeto identificado en un atestado policial basado en las instrucciones de la SES como miembro de la banda. Con frecuencia las detenciones policiales de los presuntos pandilleros se realizan en las plazas públicas u otros sitios frecuentados por jóvenes latinoamericanos donde estos desarrollan sus actividades lúdicas, por ejemplo, parques o pistas de baloncesto. Cuando el criterio de la detención policial se basa en el aspecto físico del joven y de su estilo y color de ropa u otros símbolos no es infrecuente que muchos jóvenes que han acudido, por ejemplo, simplemente al partido de baloncesto queden detenidos junto con los miembros de alguna banda. Además, se utilizan muchas evidencias documentales (fotografías y otros). Muchos jóvenes con un comportamiento convencional pueden tener contactos frecuentes con miembros de bandas en marco de sus actividades de ocio y a menudo estos encuentros pueden ser captados por cámaras de fotos.

g) Especialmente cuestionable es que se suelen utilizar para fundamentar la pertenencia a la organización detenciones que muchas veces se produjeron cuando los procesados eran menores de edad, lo que conlleva extender la responsabilidad penal de adultos a hechos realizados durante la minoría de edad que tiene un régimen penal específico, potestad que está vedada en la jurisdicción penal de adultos.

h) Testimonios de los expertos o también llamada Brigada de información pericial (una especie de informe pericial de inteligencia). En muchas ocasiones en el proceso penal los agentes de policía acuden en calidad de expertos supuestamente imparciales y conocedores de la realidad pandillera y presentan sus informes con respecto a las bandas callejeras. De este modo los testimonios de los propios policías se convierten en la prueba de la existencia de una relación entre el joven y la banda.

i) La aplicación de cosa juzgada en su aplicación a los integrantes de bandas latinas a efectos de su acreditación de su pertenencia a las mismas

De lo expuesto se deduce que las pruebas que se admiten en el proceso penal no son pruebas directas que indiquen con total claridad la pertenencia del joven

a una banda, sino que se trata de las pruebas indiciarias que se sustentan básicamente en ideas preconcebidas o en presunciones de hechos. En este sentido, lo llamativo consiste no sólo en que este tipo de pruebas cada vez más adquieran una mayor importancia en los procesos penales, sino también, en que se admitan en los procesos contra la delincuencia callejera protagonizada por jóvenes inmigrantes.

## 6. A modo de punto final

He intentado poner de manifiesto realmente que el aumento de la presión punitiva sobre los miembros y las bandas juveniles latinoamericanas son claro ejemplo de aplicación de políticas discriminatorias. El valor simbólico y el tratamiento de la misma conducta antisocial protagonizada por jóvenes autóctonos, así como su peligrosidad percibida, son muy diferentes[25].

Las bandas latinas se pueden considerar como metáforas de estigmatización y criminalización de ciertos colectivos de origen inmigrante, en particular, de grupos juveniles en cuanto más vulnerables.

Sin querer negar las prácticas violentas o ilegales que pueden tomar cuerpo en los dichos grupos es indudable que estos colectivos nacen con finalidades distintas a la criminalidad organizada y que sufren más procesos de estigmatización por su origen[26].

[25] Por ejemplo, con referencia al tratamiento que reciben los comportamientos de violencia, racismo, xenofobia o intolerancia en espectáculosdeportivos. Frecuentemente, son sancionados por medio de la Ley 19/2007, de 11 de Julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Esta ley define una serie de ilícitos que conforman conductas susceptibles de sanción administrativa. En pocas ocasiones deriva en un procedimiento penal. Las pocas sentencias penales, que se encuentran por violencia en el deporte (estadios de futbol) sus responsables han sido juzgadas por delitos de lesiones con la circunstancia gravante de cometer el hecho por motivos ideológicos). Vid. SAP Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 840/2019, de 20 diciembre), o delito de participación en riña con instrumentos peligrosos (Vid. SAP de Sevilla núm. 393/2021, de 15 de noviembre).

[26] Garcia España, Elisa (2014). Delincuencia de emigrantes y motivaciones delictivas. *InDret: Revista para el análisis del derecho,* 4/2014. También de la misma autora: Garcia España, Elisa (2016).

## 7. Bibliografía citada


Brandariz García, José Ángel; Fernández Bessa, Cristina (2010). La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español. En: Iglesias Skulj, Agustina; Ramos Vázquez, José Antonio (coords.). *Criminalización racista de los migrantes en Europa*. Granada: Editorial Comarés.

Cohen, Stanley (2017). *Demonios populares y pánicos morales. Delincuencia juvenil, subculturas, vandalismo, drogas y violencia.* Traducción de Victoria de los Ángeles Boschiroli. Barcelona: Editorial Gedisa

Cuerda Arnau, María Luisa (2010). Aproximación a la delincuencia juvenil colectiva desde una criminología crítica (bandas, tribus y otros grupos de calle). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, núm. 4.

Feixa Pampols, Carles; Scandroglio, Bárbara; López Martínez, Jorge S.; Ferrándiz Martín, Francisco José (2011). ¿Organización cultural o asociación ilícita? Reyes y reinas latinos entre Madrid y Barcelona. *Papers,* (96)1, pp.145-163.

Fernández Hernández, Antonio (2006). Las bandas latinas en España un problema emergente. En González Cussac, José Luis (coord.). *Estudios sobre la responsabilidad del menor*. Castellón de la Plana: Universidad Jaume I.

Garcia España, Elisa (2014). Delincuencia de emigrantes y motivaciones delictivas. *InDret: Revista para el análisis del derecho,* 4/2014.

Garcia España, Elisa (2016). De menores inmigrantes en protección a jóvenes extranjeros en prisión. *InDret: Revista para el análisis del Derecho,* 3/2016.

González García, Carlos (2021). *Estudio y tratamiento de los Nuevos Grupos Juveniles Organizados y Violentos (NGJOV) desde la perspectiva del internamiento en centros educativos de Cataluña.* Universidad de Castilla - La Mancha: Tesis doctoral. Disponible en: https://hdl.handle.net/10578/29660.

Kazyrytsk, Leanid (2016). Las bandas callejeras latinoamericanas en España y el giro punitivo en el tratamiento de su problemática. *InDret: Revista para el análisis del Derecho,* 2/2016.

Maqueda Abreu, María Luisa (2019). Aproximación a la violencia juvenil colectiva desde una criminología crítica (bandas, tribus y otros grupos de calle). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4, pp.271-331.

Mendoza Calderón, Silvia (2022). *Criminalidad juvenil en la era digital.* Valencia: Tirant Lo Blanch.

Quintero Olivares, Gonzalo (2021). La organización criminal: adiós al principio de ofensividad. *La Ley Penal,* 153, noviembre - diciembre 2021.

# DILEMAS E PERSPECTIVAS DA MODERAÇÃO DE CONTEÚDOS ENQUANTO ELEMENTO CONSTITUTIVO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO *ONLINE*[1]

Alessandra Aparecida Souza Silveira[2]

Alexandre Veronese[3]

## 1.

Numa publicação nas redes sociais datada de 22 de julho de 2025, o Departamento de Estado norte-americano atacou duramente a União Europeia (UE), alegando que a regulamentação das redes sociais e outras plataformas *online* equivale à censura *orwelliana*. A referida publicação do Departamento de Estado dá continuidade às críticas do governo Trump às normas de moderação de conteúdos adotadas pela UE, alegando que milhares de indivíduos estariam a ser condenados na Europa por criticar os próprios governos. A acusação infundada do governo Trump tem por alvo o Regulamento dos Serviços Digitais[4]

[1] Alguns dos argumentos desenvolvidos neste texto foram originariamente aventados pelos autores noutra publicação. Cf. Veronese, Alexandre; Silveira, Alessandra (2025). The dilemmas of content moderation in the European Union and Latin America: a new chapter? *Thinking & Debating Europe – Official blog of UNIO – EU Law Journal.* Portugal: editorial January 2025. Disponível em: https://officialblogofunio.com/2025/01/25/editorial-of-january-2025/#more-7155.

[2] Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho.

[3] Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

[4] Regulamento (UE) 2022/2065, de 19 de outubro de 2022, relativo a um mercado único para os serviços digitais, disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R2065.

–com base no qual algumas empresas norte-americanas do setor dos *media* sociais estão a ser demandados judicialmente na UE– que, segundo o Departamento de Estado, *protegeria os líderes europeus contra o seu próprio povo*[5].

Tal publicação vem na senda na nova política de restrição de vistos de entrada nos Estados Unidos da América (EUA), que tem por alvo autoridades estrangeiras supostamente cúmplices da alegada *censura online* – especialmente autoridades europeias e latino-americanas. De resto, o Departamento de Estado norte-americano tem orientado os funcionários consulares a atentarem em quaisquer indícios de hostilidade nas redes sociais contra cidadãos, cultura, governo, instituições ou princípios fundadores dos EUA. Os juízes do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro foram destinatários desta modalidade de impedimento, tendo os seus vistos para os EUA revogados por adotarem medidas de coação contra o ex-presidente Jair Bolsonaro – num processo penal apelidado de *caça às bruxas* pelo governo Trump.[6]

Tais argumentos distorcidos quanto à suposta falta de liberdade de expressão na UE entroncam numa evidência insuportável para o governo Trump: o direito da UE tem-se empenhado num certo reequilíbrio de poderes no ecossistema digital. E porquê? Porque existe hoje um claro desequilíbrio de poder a favor dos prestadores de serviços digitais, o que exige um reforço da posição dos utilizadores na sua relação com os prestadores. A Internet já não é o espaço idílico das liberdades dos primeiros tempos; é hoje um espaço de plataformas digitais que definem unilateralmente os seus modelos de negócio – de forma bem pouco transparente. Esta tentativa de reequilíbrio de poder no ecossistema digital é um exercício de justiça social que só a UE está em condições de

[5] Cf. Starcevic, Seb (2025). State Department attacks Europe over free speech: the EU's 'Orwellian message won't fool the United States'. *Politico*, 22 de julho. Disponível em: https://www.politico.com/news/2025/07/22/state-department-attacks-europe-free-speech-00468916.

[6] Cf. Ribeiro, Manuel (2025). EUA revogam visto a juiz brasileiro que colocou Bolsonaro com pulseira eletrónica. *Euronews*, 19 de julho. Disponível em: https://pt.euronews.com/2025/07/19/eua-revogam-visto-a-juiz-brasileiro-depois-de-colocar-bolsonaro-com-pulseira-eletronica.

promover – pois os seus Estados-Membros individualmente considerados são incapazes de regular fluxos transnacionais que não controlam.

Neste texto procuraremos explicar o que está em causa – e por que motivo defendemos que a moderação de conteúdos não corresponde a uma espécie de *censura online*, sendo antes um elemento constitutivo da liberdade de expressão no ecossistema digital. Isto porque o Regulamento dos Serviços Digitais estabelece regras para a remoção de conteúdos ilegais, exige que as plataformas expliquem as decisões de moderação aos utilizadores, bem como permite-lhes recorrer de tais decisões se delas discordarem – ou seja, exige que as plataformas divulguem as suas políticas de moderação de conteúdos, incluindo os critérios utilizados e os processos de tomada de decisão.

Para este efeito, o artigo 3.º, alínea *t)*, do Regulamento dos Serviços Digitais define moderação de conteúdos como:

> *(…) as atividades, automatizadas ou não, empreendidas por prestadores de serviços intermediários, destinadas em especial a detetar, identificar e combater os conteúdos ilegais ou informações incompatíveis com os seus termos e condições fornecidos pelos destinatários do serviço, incluindo as medidas tomadas que afetam a disponibilidade, visibilidade e acessibilidade desses conteúdos ilegais ou dessas informações, como a despromoção, a desmonetização, a desativação do acesso ou a supressão dos mesmos, ou que afetem a capacidade de os destinatários do serviço fornecerem essas informações, como a cessação ou suspensão da conta de um destinatário.*

**2.**

Tanto o Regulamento dos Serviços Digitais (Regulamento 2022/2065), aplicável a partir de 17 de fevereiro de 2024, como o Regulamento dos Mercados Digitais (Regulamento 2022/1925), aplicável a partir de 2 de maio de 2023, introduzem normas que ordenam o ecossistema digital – e fazem-no com a finalidade de

promover o crescimento de empresas digitais inovadoras na UE. São regulamentos que desempenham uma função económica, qual seja, permitir que as empresas do setor digital alcancem utilizadores por toda a UE. Em síntese, esses regulamentos facilitam o comércio transfronteiriço, criando oportunidades de negócio para as empresas na União. Trata-se de normas adotadas no âmbito das competências europeias relativas ao mercado único – no caso, o mercado digital.

E onde entra o cidadão nesta história? Isto o beneficia? Tendencialmente sim, porque para promover a competitividade das empresas europeias, a União garante a concorrência entre elas, bem como a segurança dos utilizadores dos serviços que prestam. Os serviços da sociedade da informação adquiriram uma dimensão incontornável na vida quotidiana dos cidadãos. A maioria dos europeus utiliza esses serviços e seus modelos de negócio diariamente, seja através de redes sociais, seja através de plataformas digitais – que permitem aos consumidores efetuar transações inéditas, celebrar contratos à distância, etc. No entanto, a utilização crescente desses serviços acarreta novos riscos e desafios, sobretudo para os destinatários individuais do serviço.

Isto impacta na proteção dos direitos fundamentais. Hoje sabemos que há dimensões da liberdade no âmbito digital que não são tuteláveis apenas pela proteção de dados pessoais, por exemplo. E porquê? Porque o problema reside sobretudo no modelo de negócio que explora o tratamento de dados, razão pela qual tem sido necessário regular o funcionamento dos mercados digitais, a prestação de serviços digitais, a privacidade nas comunicações eletrónicas, a utilização de sistemas de inteligência artificial, etc.

Ou seja, foi preciso começar a regular o mercado digital por algum lado – e a UE começou pelos dados pessoais; mas logo se percebeu que isto não bastava, porque hoje há mais equipamentos eletrónicos do que indivíduos ligados à Internet, atuando e aprendendo sem qualquer controlo por seres humanos. Isto dificulta o controlo dos indivíduos sobre os seus próprios dados pessoais – o que afeta, em última análise, a própria distribuição de poder na sociedade. O problema é que, independentemente da bondade da legislação sobre proteção

de dados, por exemplo, em nenhuma latitude do planeta esta proteção está a acontecer com a amplitude desejável – nem mesmo na Europa, não tenhamos ilusões.

Quando o Regulamento Geral para a Proteção de Dados (RDPD) começou a ser gizado, o consentimento do titular era o ponto nevrálgico da problemática dos dados pessoais; mas logo se intuiu a necessidade de proteção do titular dos dados ainda que ele tivesse consentido no tratamento dos seus dados. De resto, o grande problema hoje já não reside nos dados facultados pelo titular com o seu consentimento, e sim nos dados inferidos a partir da pegada digital do utilizador da Internet – e relativamente aos quais o titular não tem sequer conhecimento. Por isso algumas normas do RGPD já nasceram obsoletas, pois foram concebidas para dados facultados pelo particular, não para dados inferidos por sistemas automatizados, sobretudo sistemas de inteligência artificial.

Porventura a eficácia horizontal dos direitos fundamentais seja a questão mais relevante nesta matéria, pois as plataformas digitais exercem atualmente um poder quase público – regulam, executam e dirimem conflitos de interesses.[7] A regulamentação das plataformas digitais só agora começa a ser suficientemente explorada, designadamente através do Regulamento dos Serviços Digitais – que estabelece normas de responsabilização e transparência para prestadores que oferecem serviços no mercado da União, independentemente de estarem estabelecidos ou não na UE. Isto integra mercados em linha, lojas de aplicações, redes sociais, plataformas de partilha de conteúdos, plataformas de viagem, plataformas de alojamento em linha, plataformas de economia colaborativa, fornecedores de acesso à internet, etc. – tudo serviços que o cidadão médio passou a utilizar diariamente.

O objetivo é gizar uma resposta (ou começar a construir uma resposta) aos atuais desafios digitais – como produtos ilegais, discurso de ódio, desinformação, etc. Ainda que o Regulamento dos Serviços Digitais não defina

[7] Sobre o tema cf. De Gregorio, Giovanni (2022). *Digital constitutionalism in Europe: reframing rights and powers in the algorithmic society*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponível em: https://doi.org/10.1017/9781009071215.

o que é ilegal em linha (não define o que é terrorismo, discurso de ódio, pornografia infantil, etc.), este Regulamento estabelece as regras europeias que abrangem a deteção, a sinalização, bem como a remoção de conteúdos ilegais.[8] E como o Regulamento dos Serviços Digitais o faz? Por exemplo, possibilitando que os utilizadores sinalizem tais conteúdos ilegais, que contestem decisões sobre moderação de conteúdos,[9] que renunciem a recomendações com base na definição de perfis (mas isto apenas para plataformas de muito grande dimensão, pois a definição de perfis ainda é um "nó górdio" para o direito da Uniã …).

De todo modo, por que motivo as soluções introduzidas pelo Regulamento dos Serviços Digitais têm relevância jusfundamental? Porque sob a égide da estratégia *2030: Década Digital*, a conscientização dos cidadãos sobre os seus direitos fundamentais, especialmente ao abrigo da Carta dos Direitos

[8] Sobre o que seja conteúdo ilegal, conferir o considerando 12 do Regulamento dos Serviços Digitais, segundo o qual: *(…) o conceito de «conteúdos ilegais» deverá ser definido em sentido lato para abranger as informações relativas a conteúdos, produtos, serviços e atividades ilegais. Em especial, esse conceito deverá ser entendido como referindo-se a informações que, independentemente da forma que assumam, nos termos da lei aplicável, são ilegais, como os discursos ilegais de incitação ao ódio ou os conteúdos terroristas e os conteúdos discriminatórios ilícitos, ou que as regras aplicáveis tornam ilegais, tendo em conta o facto de estarem relacionadas com atividades ilegais. São exemplos ilustrativos dessas atividades a partilha de imagens pedopornográficas, a partilha não consensual ilícita de imagens privadas, a perseguição em linha, a venda de produtos não conformes ou contrafeitos, a venda de produtos ou a prestação de serviços em violação do direito em matéria de defesa dos consumidores, a utilização não autorizada de material protegido por direitos de autor, a oferta ilegal de serviços de alojamento ou a venda ilegal de animais vivos. Em contrapartida, um vídeo de uma testemunha ocular de um potencial crime não deverá ser considerado um conteúdo ilegal pelo simples facto de representar um ato ilegal, quando a gravação ou a difusão desse vídeo ao público não for ilegal nos termos do direito nacional ou da União. Neste contexto, é irrelevante se a ilegalidade da informação ou da atividade resulta do direito da União ou do direito nacional que seja conforme com o direito da União e qual a natureza precisa ou o objeto do direito em questão.*

[9] Sobre tal contestação, conferir o considerando 149 do Regulamento dos Serviços Digitais, segundo o qual: *Determinados organismos, organizações e associações têm conhecimentos especializados e competências especiais para detetar e sinalizar decisões de moderação de conteúdos erróneas ou injustificadas, e as suas reclamações em nome dos destinatários do serviço podem ter um impacto positivo na liberdade de expressão e de informação em geral, pelo que os fornecedores de plataformas em linha deverão tratar essas reclamações sem demora injustificada*.

Fundamentais da União Europeia (CDFUE), converteu-se num imperativo de sobrevivência do Estado de direito e da democracia na UE.

Mas quem efetivamente são os destinatários da CDFUE? O artigo 51.º, n.º 1 da CDFUE destaca o efeito vertical das suas normas –isto é, a sua relevância nas relações entre os particulares e as autoridades que exercem o poder público–, aparentemente excluindo a sua aplicabilidade às relações entre particulares (pessoas singulares ou coletivas). É certo que o efeito horizontal dos direitos fundamentais não é aceite pela maioria das Constituições dos Estados-Membros da UE (ao contrário do que ocorre em Portugal, onde esta questão está resolvida pelo artigo 18.º, n.º 1 da Constituição Portuguesa, pelo menos no que se refere aos direitos, liberdades e garantias). De todo modo, mesmo nos Estados-Membros onde a eficácia horizontal do direitos fundamentais não é reconhecida, através da regulamentação infraconstitucional das relações entre particulares, os direitos fundamentais eventualmente adquirem efeito horizontal em algumas áreas.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) admitiu alguma abertura na interpretação desta questão no acórdão *Bauer*[10]*,* tendo o Tribunal afirmado que o artigo 51.º CDFUE não aborda a questão de saber se os particulares podem, se for caso disso, estar diretamente obrigados a respeitar certas disposições da Carta – e aquele artigo não pode, portanto, ser interpretado no sentido de que exclui sistematicamente essa possibilidade. A circunstância de certas disposições do direito originário da União terem, primariamente, por objeto os Estados-Membros, não é suscetível de excluir que se possam aplicar nas relações entre particulares.

Mas por quê razão o efeito horizontal dos direitos fundamentais é tão relevante para o exercício de uma cidadania digital? Porque atualmente os atores privados, especialmente as plataformas digitais, definem os seus próprios termos e modelos de negócio; assumem funções que são intrinsecamente ligadas ao

[10] Cf. acórdão *Bauer*, de 6 de novembro de 2018, processos apensos C-569/16 e C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871, considerandos 87 e 88.

exercício do poder público. Contudo, fazem-no sem a desejável transparência, responsabilidade, explicabilidade e razoabilidade dos processos e decisões. É indispensável assegurar que o exercício do poder, particularmente das entidades privadas que dominam o ecossistema digital, é limitado por um adequado enquadramento jurídico. O valor do Estado de direito [artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE)] implica a defesa dos cidadãos contra qualquer poder, submetendo o poder ao direito. Isto desafia a UE a mobilizar forças constitucionais e a converter a década digital numa oportunidade para a proteção de direitos fundamentais numa União de direito[11].

Por isso o Regulamento dos Serviços Digitais que o governo Trump tanto hostiliza é importante, pois i) responsabiliza as plataformas que operam no mercado digital, e ii) cria obrigações para quem oferece serviços em linha – a fim de reduzir danos e combater riscos na Internet. As plataformas digitais não são responsáveis pelos conteúdos ilegais que os seus utilizadores publicam; mas podem ser responsabilizadas se forem confrontadas com uma ilegalidade e não atuarem em conformidade[12].

---

[11] Cf. Silveira, Alessandra (2022). Horizontal integration and Union based on the rule of law. Em Rodrigues, Anabela Miranda; Machado, Jónatas; Pinto Albuquerque, Paulo (eds.). *O Estado de direito na União Europeia - The rule of law in the European Union*. Coimbra: Instituto Jurídico - Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/104159/1/RuleOfLaw_Livro.pdf.

[12] Sobre a referida responsabilização, conferir o considerando 22 do Regulamento dos Serviços Digitais, segundo o qual: *A fim de beneficiar da isenção de responsabilidade pelos serviços de alojamento virtual, o prestador deverá, a partir do momento em que tome conhecimento efetivo de atividades ilegais ou conteúdos ilegais, ou tenha sido alertado para os mesmos, proceder com diligência no sentido de suprimir os conteúdos em causa ou bloquear o acesso aos mesmos. A supressão ou a desativação do acesso deverão ser efetuados respeitando os direitos fundamentais dos destinatários do serviço, incluindo o direito à liberdade de expressão e à informação. O prestador pode tomar conhecimento efetivo dos conteúdos em causa, ou ser alertado para a natureza ilegal dos mesmos, através, nomeadamente, de investigações realizadas por iniciativa própria ou de notificações que lhe sejam apresentadas por pessoas ou entidades nos termos do presente regulamento, desde que tais notificações sejam suficientemente precisas e adequadamente fundamentadas para permitir a um operador económico diligente identificar, avaliar e, se for caso disso, adotar medidas, de forma razoável, contra os conteúdos alegadamente ilegais. No entanto, esse conhecimento efetivo ou alerta não pode ser considerado adquirido apenas pelo facto de o prestador ter conhecimento, em sentido geral, do facto de o seu serviço ser igualmente utilizado para armazenar*

**3.**

Entretanto, os *media* tradicionais têm dado conta de que o YouTube vem enfraquecenco a sua política de moderação de conteúdos, passando a permitir a permanência *online* de vídeos que violam as suas próprias regras – desde que sejam consideradas de *interesse público.* A mudança vem sendo implementada desde dezembro de 2024, permitindo que vídeos com até 50% de conteúdo violador das normas da plataforma possam permanecer disponíveis, enquanto o limite anterior era de 25%. As mudanças abrangem temas políticos, sociais e culturais, destacando eleições, pandemias, imigração, género e liberdade de expressão, incluindo transmissões de audiências públicas, comícios ou debates. Apesar da alteração, o YouTube não divulgou publicamente o novo critério de tolerância nem esclareceu como define o que é interesse público ou quais os limites que considera aceitáveis para este tipo de conteúdo. A abordagem alinha-se com a tendência crescente entre os *media* sociais, como a Meta ou o X, que estão a reduzir as suas iniciativas de moderação de conteúdos para evitar críticas relacionadas com a liberdade de expressão[13].

Importa então escrutinar o que significa liberdade de expressão para os europeus. Tanto no artigo 37.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), quanto no artigo 11.º da CDFUE, a liberdade de expressão está intrinsecamente associada à liberdade de informação. A formulação constante do artigo 37.º da CRP é particularmente feliz: todos têm direito a exprimir e divulgar livremente o seu pensamento (pela palavra, pela imagem ou qualquer outro meio), bem como i) o direito de informar (ou seja, facultar informação), ii) de se informar (ou seja,

*conteúdos ilegais. Além disso, o facto de o prestador indexar automaticamente informação carregada para o seu serviço, de dispor de uma função de pesquisa ou de recomendar informação com base nos perfis ou nas preferências dos destinatários do serviço não basta para provar que esse prestador tem um conhecimento «específico» das atividades ilícitas realizadas nessa plataforma ou dos conteúdos ilegais nela armazenados*.

[13] Cf. Agência Lusa (2025). Youtube enfraquece moderação de conteúdos devido a 'interesse público'. *Observador*, 15 de julho. Disponível em: https://observador.pt/2025/07/15/youtube-enfraquece-moderacao-de-conteudos-devido-a-interesse-publico/

procurar informação) e iii) de ser informado (ou seja, receber informação). E tudo isso sem impedimentos nem discriminações.

Contudo, sem impedimentos não quer dizer sem limites, pois o exercício dessas liberdades pode dar lugar a infrações à privacidade, à palavra, à imagem, por exemplo[14]. Ora, os direitos (tendencialmente) têm limites, não são absolutos. Portanto, dentro dos limites admissíveis à liberdade de expressão e informação, não pode haver obstáculos ao seu exercício, não pode haver impedimentos ou censuras – seja por poderes públicos ou por poderes privados (empresas, igrejas, partidos políticos, ordens profissionais, etc.). E todos gozamos de tais liberdades (de expressão e de informação) em pé de igualdade e sem discriminações.

Mas decorre tanto da CRP quanto da CDFUE que o exercício das liberdades de expressão e informação implica deveres e responsabilidades; e que o seu exercício pode ser restringido sempre que se imponha um justo equilíbrio com outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Mas tais restrições i) devem ser previstas em lei, ii) devem ser interpretadas de forma restritiva, e iii) devem ser submetidas a um juízo de proporcionalidade – a fim de avaliar se são restrições materialmente justificadas.

Por isso a moderação de conteúdos *online* não se confunde com censura. Trata-se de uma dimensão incontornável no debate sobre governança e regulamentação da Internet, sobretudo porque os internautas dão-se conta da dimensão e extensão dos impactos do discurso *online* para diversos aspectos da vida em sociedade. Os danos em causa não se limitam à disseminação de desinformação ou dados pessoais *vazados* – também incluem discurso de ódio, *bullying*, pornografia não consensual ou *revenge porn*, violação de direitos autorais, violação da esfera de proteção de crianças e adolescentes, discriminação em várias dimensões. A prevalência desses conteúdos na Internet suscitou um importante debate sobre a eficiência do controle desempenhado

[14] Neste sentido cf. Gomes Canotilho, José Joaquim; Moreira, Vital M. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora. Vol. I., p.573.

pelas plataformas digitais num contexto de autorregulação – pondo em causa a segurança dos utilizadores[15].

Ocorre que o *ar do tempo* inspira grandes preocupações. No seu discurso na Conferência de Segurança de Munique (realizada entre 14 e 16 de fevereiro de 2025), o vice-presidente dos EUA, J.D. Vance, dedicou-se a criticar a UE por ter recuado nos valores democráticos e não ter ouvido os seus eleitores. Vance disse não estar preocupado nem com a Rússia nem com a China no que tange à segurança da Europa, mas sim com uma ameaça vinda de dentro, qual seja, o recuo da UE em relação a alguns dos seus valores mais fundamentais – aqui perspetivada a liberdade de expressão.

Mas então agora a UE recebe lições democráticas de quem recusa os resultados eleitorais quando não lhe convém, invadindo a sede de instituições democráticas para impedir a alternância do poder sem derramamento de sangue? Então agora a Europa recebe lições de liberdade de expressão de quem dissemina desinformação nas redes sociais, pondo em risco a saúde dos indivíduos e subvertendo os processos eleitorais?

Já era sabido que a participação direta de Elon Musk na campanha presidencial que conduziu a um segundo mandato a Donald Trump teria consequências nas políticas de regulamentação das *Big Tech*. Contudo, não se imaginava que isso seria tão rápido. A imediata mudança de políticas da Meta –empresa-mãe à qual pertencem o Facebook, o Instagram e o WhatsApp– abriu caminho a que outras empresas tecnológicas tentem *globalizar*, tácita ou explicitamente, uma interpretação mais ampla do conceito de liberdade de expressão, segundo o modelo dos EUA.

Para o Brasil –e outras democracias da América Latina– que tiveram embates com as grandes plataformas digitais, é muito provável que o dilema se amplie.

[15] Cf. Archegas, João Victor (2021). *Proteção de dados e transparência em moderação de conteúdo na Europa, Reino Unido e Brasil*. Brasil: Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio, pp.2-8. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/07/Protecao-de-Dados-e-Transparencia-em-Moderacao-de-Conte%C3%BAdo.pdf

Vale a pena recordar que se passou no Brasil. A rede social X –antigo Twitter–, após sua aquisição por Elon Musk, mudou sua política de moderação de conteúdos. E desde então, postagens potencialmente ofensivas foram liberadas em determinados países. Isto culminou com ordens judiciais do STF brasileiro no sentido do bloqueio de postagens e contas. Mas invocando os seus termos de uso do serviço, a rede social X se recusou a cumprir tais ordens. Essa reação gerou o bloqueio da aplicação. Posteriormente, a rede social X atendeu às exigências do STF –que atua como corte constitucional brasileira– e a aplicação pôde voltar a funcionar.

Este bloqueio momentâneo pode fazer crer que o Brasil esteja alinhado com regimes autoritários – mas não é o caso. Foi um bloqueio pelo incumprimento de ordens judiciais que refletem um conceito de liberdade de expressão que é similar ao existente na UE – e que tem, necessariamente, limites. Aliás, salvo exceções, os países da América Latina têm a UE como um exemplo de construção e aplicação de políticas de regulamentação das *Big Tech*. Isto envolve desde questões relacionadas com direitos de autor até aquelas relacionadas com os limites da liberdade de expressão.

Na atual conjuntura, é impossível impor o padrão de interpretação da Primeira Emenda da Constituição dos EUA para o resto do mundo. Ela é muito diferente do que se construiu ao longo de décadas de mudanças constitucionais nos países da América Latina, bem como nos Estados-Membros da UE. Sobre o tema, vale lembrar o sentido da doutrina judicial sobre liberdade de expressão do caso *Brandenburg v. Ohio* de 1969. No caso concreto, a Klu Klux Klan havia transmitido pela televisão um seu ato público no Estado de Ohio. Contudo, o Ohio tinha uma legislação estadual que proibia a veiculação de discursos de ódio. Brandenburg era o líder local da Klu Klux Klan. Enfim, a Suprema Corte dos EUA determinou que as normas da legislação estadual eram inconstitucionais, por violarem a Primeira Emenda da Constituição. Essa doutrina judicial vigora até hoje nos EUA. Ela difere em muito do entendimento de limites à liberdade de expressão que são constitucionalmente admissíveis na UE e em diversos países da América Latina.

Num passado recente, a Meta adotou um modelo de autorregulação (ou verificação dos factos) através de um conselho independente. Era uma tentativa de conciliar modelos distintos e promover o pluralismo de moderação – e assim evitar que conteúdos considerados ilegais num determinado local pudessem repercutir noutro local via redes sociais. A missão daqueles especialistas independentes era essencialmente sinalizar publicações com desinformação que se tornavam virais. Porém, a tarefa era hercúlea, já que o conselho independente somente se debruçava sobre casos particularmente difíceis e o consenso era muito complicado.

A opção adotada pela rede social X –e agora pela Meta– é mais simples, segundo Mark Zuckerberg. O modelo assente num conselho independente é agora substituído por um sistema de notas deixadas voluntariamente pela própria comunidade de utilizadores – cuja eficácia, numa leitura benevolente, é muito duvidosa. Aparentemente, o programa de verificação de factos será abandonado de modo faseado, começando pelos EUA.

Quanto ao fundamento jurídico para a alteração, a Meta vale-se da Secção 230 do *Communications Act* (Título 47 do *United States Code*), a fim de eximir as plataformas de responsabilidade – que é transferida para os utilizadores, por meio de checagens livres. Do ponto de vista jurídico e técnico, a criação da referida Secção 230 foi um marco muito relevante para permitir uma Internet aberta, livre e interoperável. Contudo, essa conjuntura mudou drasticamente.

Numa perspetiva jurídica, cada vez mais se constroem marcos jurídicos e institucionais para controlar os fluxos de informação, sobretudo na UE e nas latitudes por ela influenciadas – o que envolve decisões judiciais, sanções pecuniárias, bloqueios parciais ou totais. Todavia, numa perspetiva técnica, essas medidas jurídicas e institucionais são burláveis, pois existem modos eficientes de navegar e usar aplicações que fogem ao controlo dos ordenamentos jurídicos.

É possível imaginar três cenários abstratos para atacar este problema. O primeiro cenário é temido por todas as democracias: seria a fragmentação da Internet em redes nacionais. Assim, as aplicações de um país seriam impedidas

de circular noutros países. Isso empobreceria o acesso à informação de qualidade.

O segundo cenário é a *globalização* de uma interpretação ampla do conceito de liberdade de expressão – nos termos pretendidos pelo governo Trump. O maior risco dessa opção é o uso indevido dos fluxos de informação para gerar danos reais às democracias e aos cidadãos dos mais diversos países. É muito improvável que não haja reação a esta deriva populista.

Por fim, o terceiro cenário é a adoção de uma regulamentação intermediária, que leve em conta o pluralismo cultural e jurídico dos diversos países, bem como da UE no seu conjunto. Para que esse cenário ideal se torne realidade, haverá a necessidade de uma grande colaboração entre as democracias para evitar a fragmentação da Internet. Mas não tenhamos ilusões: alguns países não se vão adequar em favor de caminhos intermediários.

O ponto central é que as *Big Tech* parecem ter escolhido um caminho que as desonera dos custos de compatibilização e interoperabilidade –os Estados, a UE, o internauta que os pague– e os custos não são poucos. Há que criar normas jurídicas, mecanismos institucionais de supervisão, bem como encontrar consensos políticos em democracias que passam por momentos fraturantes. Ademais, esta questão se prende com temas geopolíticos de grande complexidade: livre comércio, sustentabilidade, responsabilidade social das empresas, combate à criminalidade organizada, etc. Para todas essas finalidades, o papel do direito da UE será absolutamente central, pois ele serve de inspiração para modelos jurídicos nas mais variadas latitudes.

À guisa de conclusão, voltemos ao início deste texto. Ao anunciar as novas medidas da Meta, Mark Zuckerberg admitiu uma associação entre o recuo no modelo de moderação de conteúdos e o ambiente político vivido nos EUA. Sugeriu mesmo que a eleição de Donald Trump representa um ponto de viragem cultural no sentido de voltar a dar prioridade ao *discurso* (resta-nos decifrar o que seria discurso neste contexto…defina discurso, por favor…). Mark Zuckerberg afirmou que a Meta vai trabalhar com Donald Trump para fazer frente aos governos à volta do globo que estão a perseguir empresas norte-americanas e

a pressionar para haver mais *censura* (com o Brasil e a UE certamente no alvo). E defende ser altura de regressarmos às nossas raízes no que diz respeito à liberdade de expressão. Quais raízes? Aquelas da doutrina judicial sobre liberdade de expressão do caso *Brandenburg v. Ohio*? Não, obrigada…

A Comissão Europeia tem ciência disso e vem tomando medidas para tentar conter os danos, tendo intensificado a sua investigação a fim de aferir se as *Big Tech* norte-americanas estão a violar as normas europeias sobre moderação de conteúdos. Ademais, a revisão do código de conduta da UE foi incorporada por doze das maiores plataformas digitais,[16] a fim de contrariar a disseminação do discurso de ódio ao abrigo do Regulamento dos Serviços Digitais – que responsabiliza as plataformas digitais pelos conteúdos a que os seus utilizadores são expostos proporcionalmente à dimensão da plataforma em causa. A Comissão Europeia criou inclusivamente uma base de dados onde as plataformas devem publicar as explicações de remoção de conteúdo, permitindo que autoridades e investigadores monitorem e analisem as decisões[17].

Por tudo isso, no início de janeiro de 2025, a Comissão Europeia rejeitou categoricamente as acusações de censura feitas por Mark Zuckerberg – e reiterou que as redes sociais que operam no espaço digital da UE têm de cumprir as suas obrigações legais nos termos do direito da União. Insistimos: as redes sociais não são responsáveis pelos conteúdos ilegais publicados pelos seus

[16] Sobre o Código de Conduta, conferir o considerando 87 do Regulamento dos Serviços Digitais, segundo o qual: *(…) o Código de Conduta para a luta contra os discursos ilegais de incitação ao ódio em linha, de 2016, estabelece um critério de referência para o tratamento de notificações válidas com vista à supressão de discursos ilegais de incitação ao ódio em menos de 24 horas. Os fornecedores de plataformas em linha de muito grande dimensão, em especial as utilizadas principalmente para a difusão ao público de conteúdos pornográficos, deverão cumprir diligentemente todas as obrigações que lhes incumbem por força do presente regulamento no que diz respeito aos conteúdos ilegais que constituam ciberviolência, incluindo os conteúdos pornográficos ilegais, especialmente para garantir que as vítimas possam exercer efetivamente os seus direitos em relação a conteúdos que representem a partilha não consensual de material íntimo ou manipulado através do tratamento rápido de notificações e da supressão desses conteúdos sem demora injustificada.*

[17] Cf. Comissão Europeia (2023). *O impacto do Regulamento dos Serviços Digitais nas plataformas digitais*. Disponível em: https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/policies/dsa-impact-platforms.

utilizadores – mas podem ser responsabilizadas caso tenham conhecimento daquela ilegalidade e não atuarem para a eliminar. A moderação de conteúdos é um elemento constitutivo da liberdade de expressão *online*. Não subverte a liberdade de expressão –antes pelo contrário– é o que permite a sobrevivência da força do melhor argumento num Estado de direito e numa União de direito.

## 4. Bibliografía citada


Agência Lusa (2025). Youtube enfraquece moderação de conteúdos devido a 'interesse público'. *Observador*, 15 de julho. Disponível em: https://observador.pt/2025/07/15/youtube-enfraquece-moderacao-de-conteudos-devido-a-interesse-publico/

Archegas, João Victor (2021). *Proteção de dados e transparência em moderação de conteúdo na Europa, Reino Unido e Brasil*. Brasil: Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio, pp.2-8. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/07/Protecao-de-Dados-e-Transparencia-em-Moderacao-de-Conte%C3%BAdo.pdf

Comissão Europeia (2023). *O impacto do Regulamento dos Serviços Digitais nas plataformas digitais.* Disponível em: https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/policies/dsa-impact-platforms.

De Gregorio, Giovanni (2022). *Digital constitutionalism in Europe: reframing rights and powers in the algorithmic society*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponível em: https://doi.org/10.1017/9781009071215.

Gomes Canotilho, José Joaquim; Moreira, Vital M. (2007). *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora.

Regulamento (UE) 2022/2065, de 19 de outubro de 2022, relativo a um mercado único para os serviços digitais, disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R2065.

Ribeiro, Manuel (2025). EUA revogam visto a juiz brasileiro que colocou Bolsonaro com pulseira eletrónica. *Euronews*, 19 de julho. Disponível em:

https://pt.euronews.com/2025/07/19/eua-revogam-visto-a-juiz-brasileiro-depois-de-colocar-bolsonaro-com-pulseira-eletronica.

Silveira, Alessandra (2022). Horizontal integration and Union based on the rule of law. Em Rodrigues, Anabela Miranda; Machado, Jónatas; Pinto Albuquerque, Paulo (eds.). *O Estado de direito na União Europeia - The rule of law in the European Union*. Coimbra: Instituto Jurídico - Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/104159/1/RuleOfLaw_Livro.pdf.

Starcevic, Seb (2025). State Department attacks Europe over free speech: the EU's 'Orwellian message won't fool the United States'. *Politico*, 22 de julho. Disponível em: https://www.politico.com/news/2025/07/22/state-department-attacks-europe-free-speech-00468916.

Veronese, Alexandre; Silveira, Alessandra (2025). The dilemmas of content moderation in the European Union and Latin America: a new chapter? *Thinking & Debating Europe – Official blog of UNIO – EU Law Journal.* Portugal: editorial January 2025. Disponível em: https://officialblogofunio.com/2025/01/25/editorial-of-january-2025/#more-7155.

# CRISTO COM CARABINA AO OMBRO - PLURALISMO DOS *MEDIA* E DESINFORMAÇÃO

Pedro Jacob Morais[1]

**1.**

Os meios de comunicação social, mais especificamente o jornalismo ou a imprensa, encontram-se firmados sob o signo da aventura e da liberdade, ascendente de homens e mulheres que escolheram o desapego dos factos, a abnegação do caminho e as tribulações da vida. Um desses homens foi Ryszard Kapuściński, jornalista incansável que percorreu as terras da Índia, China, Ásia Menor e África no seu *Andanças com Heródoto*[2], que documentou a independência do Gana e o Genocídio do Ruanda em *Ébano*[3]. Também andou pelo espaço lusófono, partindo da Baía de Luanda para os interstícios da guerra civil angolana em *Mais um Dia de Vida*[4], obra que seria adaptada, em 2018, pelos realizadores Raúl de la Fuente e Damian Nenow no formato de um interessante documentário animado. O jornalismo não dispensa a coragem física. Kapuściński acompanhou a hagiografia dos movimentos revolucionários latino-americanos e deu-lhe a devida nota numa obra cujo título relembra um quadro de Carlos Alonso. Nesse quadro, Che Guevara aparece com o cabelo e a barba compridos e com uma carabina ao ombro, mimetizando a iconografia

[1] Doutor em Direito. Professor Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho.

[2] Kapuściński, Ryszard (2020). *Andanças com Heródoto*. Porto: Livros do Brasil.

[3] Kapuściński, Ryszard (2017). *Ébano: Febre Africana*. Porto: Livros do Brasil.

[4] Kapuściński, Ryszard (2013). *Mais um dia de Vida: Angola 1975*. Lisboa: Tinta-da-China.

cristã. Um *Cristo com Carabina ao Ombro*[5]. Há apenas um pequeno pormenor que altera sobremaneira esta história: é que Carlos Alonso nunca pintou semelhante quadro.

O jornalismo não dispensa a coragem física. Recordemos George Orwell que, em *O Caminho para Wigan Pier*[6], desceu com os mineiros ingleses aos estreitos túneis das galerias de carvão, emergiu coberto de fuligem, jantou e almoçou em suas casas, viu as contas, as dívidas e as privações daquelas famílias. Aproveitou igualmente para ensaiar uma análise sociológica do operariado inglês[7], o que muito aborreceu a associação que o havia contratado. Em Paris e Londres retratou a vida dos indigentes[8], o que muito aborreceu o seu entorno social. E na Catalunha deu nota do entrincheiramento da guerra civil[9], o que aborreceu todos os quadrantes políticos. Hannah Arendt era igualmente incansável na busca dos factos e, mesmo com grande esforço e dor, não deixou de propor, de modo livre e provocador, a tese da banalidade do mal na reportagem que redigiu a propósito do julgamento de Eichmann em Jerusalém[10].

Nos exemplos recolhidos, o trabalho jornalístico faz a diferença ou, melhor, prima pela diferença de pontos de vista e pela liberdade da abordagem. O jornalismo livre preserva a perspetiva incómoda, a denúncia, a vigília, o desconforto que deve ser penhor de uma sociedade igualmente pluralista e aberta. Uma sociedade que pode escolher na multiplicidade de ângulos de análise –como Sven Linqvist nos ensinou sobre a importância do jornalismo na denúncia da utilização de bombas incendiárias e de fragmentação sobre a população civil na Segunda Grande Guerra[11]–, é uma sociedade autorreflexiva, com espírito crítico. Um jornalismo liberto ou libertado de pressões externas e que permite desfazer

[5] Kapuściński, Ryszard (2021). *Cristo com Carabina ao Ombro*. Porto: Livros do Brasil.

[6] Orwell, George (2021). *O Caminho para Wigan Pier*. Porto: Livros do Brasil.

[7] Principalmente na segunda parte da obra (Orwell, George (2021), pp.153-ss).

[8] Orwell, George (2017). *Na Penúria em Paris e em Londres*. Lisboa: Relógio d'Água.

[9] Orwell, George (2007). *Homenagem à Catalunha*. Lisboa: Antígona.

[10] Arendt, Hannah (2004). *Eichmann em Jerusalém: Uma reportagem sobre a banalidade do mal*. Coimbra: Tenacitas, em particular as pp.188-ss e 355.

[11] Cfr. Lindqvist, Sven (2025). *Uma História dos Bombardeamentos*. Lisboa: Antígona, pp.210-ss.

a eventual opacidade estatal, como desfizeram Robert Woodsward e Carl Bernstein na investigação que conduziram no caso Watergate, tão bem retratado no filme de Alan Pakula, *Os Homens do Presidente* (1976), filme que nos mostra as noites infindas de quem é jovem e não se rende, não cede, nem se verga perante as pessoas que os factos revelam.

Aqui chegados, facilmente compreendemos que a Comissão Europeia, no Relatório de 2024 sobre o Estado de Direito, tenha referido que:

> *(…) [u]m ambiente mediático livre e pluralista é essencial para o Estado de Direito, com meios de comunicação social livres e independentes a desempenharem um papel importante enquanto guardiões da democracia e responsabilizadores do poder*[12].

Trata-se da clássica declinação dos meios de comunicação social enquanto *quarto poder* oriunda da tradição parlamentar inglesa, que concebe a imprensa como válvula de segurança do poder executivo, legislativo e judicial, para não referir da sociedade como um todo. Ora, de modo a cumprir semelhante desiderato, o Relatório da Comissão desdobra-se em quatro pilares, a saber: reforço do funcionamento independente das entidades reguladoras dos meios de comunicação social; aumento da transparência da propriedade dos meios de comunicação social; proteção dos meios de comunicação social de pressões e influências políticas indevidas; e acesso à informação na posse de autoridades públicas. Curiosamente, o Relatório não releva com particular agudeza a desinformação, ainda que se encontre entre as preocupações cimeiras das instituições europeias, como veremos.

A desimplicação dos vetores constantes no Relatório encontra-se, em grande medida, plasmada no Regulamento Europeu relativo à Liberdade dos Meios de Comunicação Social [Regulamento (UE) 2024/1083 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de abril de 2024]. Este Regulamento aplica-se a serviços destinados a oferecer ao público em geral:

---

[12] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comoté das Regiões. *Relatório de 2024 sobre o Estado de Direito*. Situação na União Europeia, p.28.

*(…) programas ou publicaç̧es de imprensa, sob a responsabilidade editorial de um prestador de serviços de comunicação social, por qualquer meio, destinados a informar, distrair ou educar.*

Note-se que se trata de uma definição ampla, não excessivamente sobreposta à conceção clássica de imprensa, mas outrossim capaz de abarcar o entretenimento. Não nos esqueçamos de que os meios e serviços de comunicação social se encontram hoje profundamente cindidos entre a perspetivação noticiosa dos factos e o comentário dos mesmos, confundindo-se, por vezes, os papéis de jornalista e de comentador. Nesta ótica, as plataformas em linha *de muito grande dimensão* enquadram-se no conceito de serviço de comunicação social, logo que possuam *responsabilidade editorial*, ou seja, controlo efetivo sobre os conteúdos disponibilizados. Claro que o instrumento normativo mais indicado à regulação destas plataformas será o Regulamento dos Serviços Digitais [Regulamento (UE) 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de outubro de 2022], prevendo, entre outras, medidas contra a sua utilização abusiva, mecanismos de avaliação de riscos relativos a conteúdos ilegais, bem como de atenuação desses riscos[13].

No âmbito do Regulamento Europeu relativo à Liberdade dos Meios de Comunicação Social, gostaríamos se sublinhar o seguinte:

- O direito dos destinatários de serviços de comunicação social *de ter acesso a uma pluralidade de conteúdos mediáticos editorialmente independentes*, devendo os Estados-Membros assegurar *a existência de condições-quadro em consonância com o presente regulamento para salvaguardar esse direito, em prol de um discurso livre e democrático* (art. 3.º) – notemos que o presente desiderato deve ser efetivamente garantido, arredado naturalmente de considerandos morais, para-morais ou ideológicos. Nesta ótica, a suspensão da atividade de serviços ou de

[13] A coadjuvar o Regulamento encontramos o Código de Conduta sobre Desinformação, desenvolvido em oito eixos: demonetização da desinformação; transparência da propaganda política; integridade dos serviços; capacitação dos utilizadores; capacitação dos investigadores; capacitação da comunidade de verificação de factos; criação de um Centro de Transparência e de um Grupo de Missão responsável pela adequação do Código à realidade contingente; e o reforço do quando de acompanhamento da implementação do código.

fornecedores de serviços de comunicação social apenas deve ocorrer em situações-limite, carecendo de fundamentação acrescida, na medida em que poderá colocar em causa o mencionado direito dos destinatários e também dos prestadores;

- Por sua vez, os prestadores de serviços de comunicação social têm o direito de exercer a sua atividade com o mínimo de interferência estatal possível (art. 4.º), nomeadamente no respeito pela sua liberdade editorial e independência efetiva;

- No cumprimento do desiderato anterior, os Estados-Membros devem abster-se (art. 4.º) de obrigar os prestadores de serviços a revelar informações relacionadas com fontes jornalísticas ou comunicações confidenciais; de sancionar, inspecionar, intercetar ou instalar *software* de vigilância intrusivo nos prestadores, de modo a obter informações sobre as fontes jornalísticas. Em jeito de síntese, deve prevenir-se a perseguição a jornalistas, perseguição que acompanhou a história da imprensa do séc. XX –basta recordarmos o caso da Nobel da literatura Svetlana Aleksievitch, perseguida na Bielorrússia pelas suas investigações jornalísticas– e que não dá mostras de ter cessado no séc. XXI[14];

- No plano dos deveres, os prestadores de serviços devem garantir informações atualizadas sobre a sua denominação legal e dados de contacto; o nome dos *proprietários diretos ou indiretos cujas participações permitam influenciar o funcionamento e a tomada de decisões estratégicas*; o montante de fundos públicos para publicidade do Estado, bem como as receitas daí provenientes. Os serviços devem igualmente zelar pela

[14] Ainda que se destine a proteger *toda a pessoa singular ou coletiva em razão do seu envolvimento na participação pública*, como resulta do considerando 9, não podemos deixar de referir a Diretiva (UE9 2024/1069 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de abril, relativa à proteção das pessoas envolvidas na participação pública contra pedidos manifestamente infundados ou processos judiciais abusivos - *ações judiciais estratégicas contra a participação pública*. Este diploma, conhecido como Diretiva SLAPP (Strategic Lawsuits Against Public Participation), não esconde ser pensado para proteger particularmente jornalistas, editores, organizações de comunicação social, denunciantes e defensores dos direitos humanos, bem como organizações da sociedade civil, ONG, sindicatos, artistas, investigadores e membros da comunidade académica, contra processos judiciais instaurados contra elas para as dissuadir da participação pública.

independência e liberdade das suas decisões editoriais e divulgar qualquer conflito de interesses *suscetível de afetar a disponibilização de notícias e conteúdos de atualidade*;

- O diploma prevê igualmente garantias para o funcionamento independente dos prestadores de serviço público de comunicação social (art.5.º), mais especificamente quanto aos *procedimentos de nomeação e exoneração do responsável pela gestão ou dos membros do conselho de administração*;

- Cooperação em matéria de regulamentação e bom funcionamento do mercado interno dos serviços de comunicação social (art. 7.º e ss), compreendendo a atividade das entidades reguladoras nacionais, bem como a criação de um Comité Europeu de Serviços de Comunicação Social –a suceder ao Grupo de Reguladores Europeus dos Serviços de Comunicação Social Audiovisual–, responsável pela promoção da cooperação e *intercâmbio efetivo de informações, experiências e boa práticas entre as autoridades reguladoras nacionais*, elaboração de pareceres, prestação de assistência à Comissão, entre outros;

- Regras relativas à prestação e acesso a serviços de comunicação social em ambiente digital; às concentrações no mercado dos meios de comunicação social; e à medição de audiências.

Do que vem sendo dito resulta que o pluralismo dos *media* pode ser ameaçado em duas linhas. Em primeiro lugar, pelas pressões exercidas sobre os serviços, as suas redações ou os jornalistas que as integram. Em segundo lugar, pela falta de transparência na propriedade, participação ou financiamento dos serviços de comunicação social. Tal como em *Citizen Kane* (1941), o clássico de Orson Welles, a opacidade orgânica da imprensa, ao invés de a soerguer a quarto poder, poderá reificar um contrapoder ao Estado de direito em sentido material.

Não se pense que os exemplos históricos que vimos encetando pretendem sitiar no passado os desafios colocados aos *media*. Pelo contrário e como deixámos antever, hoje vivemos tempos profundamente desafiantes. Hoje os desafios são colocados pela multiplicidade de serviços de comunicação social, físicos e digitais, públicos e privados, plataformas de fluxo massivo de informação, redes

sociais, etc. Dito de modo claro, a aquisição da informação pelos consumidores começa a transitar da imprensa clássica para instrumentos ou serviços alternativos. Ora, é nesta dispersão informática e informacional que o problema da desinformação –problema que não é novo– se tem colocado.

A desinformação imbrica diretamente com o pluralismo democrático ou, dito de outro modo, levanta a dúvida a respeito de instituições públicas e privadas e, como corolário necessário, debilita a conceção aberta e materialmente ancorada na proteção de direitos, liberdades e garantias atribuída ao Estado. No entanto, a desinformação, para além desta dimensão institucional, encontra-se igualmente próxima do fenómeno criminal. Em bom rigor, temos assistido, um pouco por toda a Europa –como atestam diversos relatórios emitidos pelas instituições da União Europeia– à proximidade entre a desinformação através da veiculação de teorias da conspiração e os crimes de ódio, o terrorismo e a criminalidade organizada. A título de exemplo, o Relatório sobre a Situação e as Tendências do Terrorismo na União Europeia (TE-SAT) de 2024 refere que a desinformação veiculada por via de teorias da conspiração tem servido de fator legitimador de narrativas antissistema, descredibilizando governos e instituições, e justificando o recurso à violência[15]. Ademais, a desinformação tem contribuído para a disseminação do discurso de ódio, por vezes com recurso à inteligência artificial, mais especificamente às tecnologias generativas.

Pelo exposto, as campanhas de desinformação, fragilizando as instituições, colocam em causa a própria segurança interna. Assim se compreende que o Relatório Anual de Segurança Interna (RASI) de 2024 refira que:

> *(…) as campanhas de desinformaç˛o têm um potencial significativo para aferar a coesão social e política das sociedades do espaço Euro-atlântico, bem como a credibilidade e os seus interesses noutras geografias*[16].

[15] Europol (2024). *European Union Terrorism Situation and Trend Report 2024* [TE-SAT], p.9.

[16] Governo Constitucional da República Portuguesa (2024). *Relatório Anual de Segurança Interna 2024* (RASI), pp.26-27. Disponível em: https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDExNwYAs4WfKQUAAAA%3d

E acrescentamos que a desinformação coloca em causa a União Europeia enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça[17].

Bem se compreende que meios de comunicação social pluralistas, livres e transparentes possam ter um papel decisivo na informação daquilo que é comummente designado como a *sociedade civil*, contribuindo para uma cidadania menos vulnerável a discursos conspirativos ou a campanhas de desinformação. Deste modo, para além do caminho proibicionista que parece continuar o seu *cursus honorum*, interessante seria certamente dotar os cidadãos dos instrumentos e do conhecimento necessário para conseguirem distinguir o facto da dissimulação, ainda que a verdade seja um tema muito delicado e que conhece diversos cambiantes. De onde resulta que cidadãos mais informados serão mais exigentes em relação aos meios de comunicação social, num processo de retroalimentação em que bons *media* contribuem para uma cidadania mais informada e uma cidadania mais informada exige *media* de excelência. Numa palavra, necessitamos de escrutínio.

No cumprimento deste desiderato, o Monitor do Pluralismo dos Meios de Comunicação Social merece a nossa derradeira referência. Trata-se de uma ferramenta de análise dos meios de comunicação social firmada pelo Centro para o Pluralismo e a Liberdade dos Media do Instituto Universitário Europeu, e que visa analisar os *media* através dos seguintes indicadores: proteção fundamental; pluralidade do mercado; independência política; e inclusão social. Este último indicador abarca a proteção, por Estado, contra a desinformação e o discurso de ódio, por via da análise das instituições públicas, mecanismos de verificação de factos e investigadores. Portugal apresenta um risco moderado de

[17] Numa análise da construção do espaço de liberdade, segurança e justiça, vide: Rodrigues, Anabela Miranda; Mota, José Luís Lopes da (2002). *Para uma Política Criminal Europeia: Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, pp.90-ss; Rodrigues, Anabela Miranda (2005). Política Criminal - Novos Desafios, Velhos Rumos, Lusíada. *Direito*, 3, pp.28-ss; e Caeiro, Pedro (2010). *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O Caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora, pp.119-ss. Para um enquadramento daquilo que podemos designar como *direito criminal europeu*, ver a súmula de Mitsilegas, Valsamis; Caeiro, Pedro (2024). European Criminal Law. Em Caiero, Pedro et al. *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp.254-ss.

incidência da desinformação e do discurso de ódio, contra o elevado risco de disseminação de desinformação em 71% dos Estados estudados[18].

E para não alongarmos em demasia a nossa comunicação, regressemos a Kapuscinski e ao Cristo com Carabina ao ombro. De facto, o quadro nunca foi pintado por Carlos Alonso. Nunca foi pintado por Carlos Alonso, mas existiu. Kapuscinski tê-lo-á visto numa parede da Universidad de San Andrés. Não foi pintado por Carlos Alonso, não representava Che Guevara, mas apresentava, de facto, Cristo com uma carabina ao ombro. Hoje diríamos que seria uma *fake news*, mas não deixa de ser uma excelente história, uma história que nos recorda que o ofício do jornalista exige abnegação e coragem.

## 2. Bibliografía citada


Arendt, Hannah (2004). *Eichmann em Jerusalém: Uma reportagem sobre a banalidade do mal*. Coimbra: Tenacitas.

Bleyer-Simon, Konrad et al. (2023). *Monitoring Media Pluralism in the Digital Era: Application of the Media Pluralism Monitor in the European Member States and in Candidate Countries in 2023*. San Domenico di Fiesole: European University Institute.

Caeiro, Pedro (2010). *Fundamento, Conteúdo e Limites da Jurisdição Penal do Estado: O Caso Português*. Coimbra: Coimbra Editora.

Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comoté das Regiões. *Relatório de 2024 sobre o Estado de Direito*. Situação na União Europeia.

Europol (2024). *European Union Terrorism Situation and Trend Report 2024* [TE-SAT].

Governo Constitucional da República Portuguesa (2024). *Relatório Anual de Segurança Interna 2024* (RASI), pp.26-27. Disponível em:


[18] Bleyer-Simon, Konrad et al. (2023). *Monitoring Media Pluralism in the Digital Era: Application of the Media Pluralism Monitor in the European Member States and in Candidate Countries in 2023*. San Domenico di Fiesole: European University Institute, pp.85-162.

https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNDExNwYAs4WfKQUAAAA%3d

Kapuściński, Ryszard (2013). *Mais um dia de Vida: Angola 1975*. Lisboa: Tinta-da-China.

Kapuściński, Ryszard (2017). *Ébano: Febre Africana*. Porto: Livros do Brasil.

Kapuściński, Ryszard (2020). *Andanças com Heródoto*. Porto: Livros do Brasil.

Kapuściński, Ryszard (2021). *Cristo com Carabina ao Ombro*. Porto: Livros do Brasil.

Lindqvist, Sven (2025). *Uma História dos Bombardeamentos*. Lisboa: Antígona.

Mitsilegas, Valsamis; Caeiro, Pedro (2024). European Criminal Law. Em Caiero, Pedro et al. *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Orwell, George (2007). *Homenagem à Catalunha*. Lisboa: Antígona.

Orwell, George (2017). *Na Penúria em Paris e em Londres*. Lisboa: Relógio d'Água.

Orwell, George (2021). *O Caminho para Wigan Pier*. Porto: Livros do Brasil.

Rodrigues, Anabela Miranda (2005). Política Criminal - Novos Desafios, Velhos Rumos, Lusíada. *Direito*, 3, pp.28-ss.

Rodrigues, Anabela Miranda; Mota, José Luís Lopes da (2002). *Para uma Política Criminal Europeia: Quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora.

# OS GOLPES SUJOS QUE A CARTA SOCIAL EUROPEIA RECEBE DA UNIÃO EUROPEIA

Xosé Manuel Carril Vázquez[1]

## 1. Algumas evidências da história de mais de 25 anos de vida do sistema de reclamações coletivas

1. A celebração, neste ano 2025, do 27 aniversário da entrada em vigor do Protocolo adicional onde se estabelece um sistema de reclamações coletivas (como se sabe, o 1 de julho de 1998) é uma boa oportunidade para amossar evidências que convém não esquecer. Por exemplo, uma delas se refere ao papel passivo que quis assumir Espanha durante boa parte deste quarto amplo de século em relacionamento tanto com a Carta Social Europeia (revisada), aberta à assinatura o 3 de maio de 1996, como com o citado Protocolo adicional, aberto à assinatura o 9 de novembro de 1995.

E é que há que esperar ao ano 2021 para que o nosso Estado decida finalmente se vincular[2], ratificando a Carta Social Europeia (revisada) mediante Instrumento de Ratificação de 29 de abril de 2021[3], no qual também declara aceitar a superintendência mediante o sistema de reclamações coletivas, embora

[1] Catedrático de Direito do Trabalho e da Segurança Social. Facultade de Direito da Universidade da Corunha (UDC). https://orcid.org/0000-0001-9860-8097.

[2] E isso que, o 23 de outubro de 2000, o Plenipotenciário de Espanha já assinava em Estrasburgo a Carta Social Europeia (revisada).

[3] BOE, de 11 de junho de 2021.

aplicado inicialmente de forma provisória[4] até o Instrumento de Ratificação de 26 de julho de 2022[5], no que se fixa a sua entrada *em vigor para Espanha o 1 de dezembro de 2022* e se declara que, com isso, *finaliza a aplicação provisória por Espanha deste Protocolo, iniciada o 1 de julho de 2021*[6]. E a isto há que acrescentar toda a relutância do Tribunal Supremo em aplicar os pronunciamentos do Comité Europeu dos Direitos Sociais que interpretam e aplicam a Carta Social Europeia[7].

2. Sim, a celebração constitui uma boa oportunidade para fazer questão da importância que tiveram as reclamações coletivas como via –junto ao sistema de relatórios que devem elaborar os Estados– para garantir a materialização efetiva dos direitos que se contêm na Carta Social Europeia, inclusive em frente à própria União Europeia. Convém recordar, por exemplo, que a ausência (ou renúncia) de uma regulação comunitária própria do direito de greve[8] –justificada *nas divergências existentes no seio dos países da União Europeia em ponto à regulação do tema*[9], propiciando que *o Direito originário da União Europeia exclua toda a possibilidade de harmonização das legislações e práticas*

[4] BOE de 28 de junho de 2021, indicando-se aqui que o *presente Protocolo aplicar-se-á provisionalmente por Espanha desde o 1 de julho de 2021, data primeiramente em vigor da Carta Social Europeia (revisada)*.

[5] BOE de 2 de novembro de 2022.

[6] Veja-se Salcedo Beltrán, María del Carmen (2022). La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relacionales Laborales*, números 91-92.

[7] Veja-se Jimena Quesada, Luis (2025a). La nueva decisión vinculante del Comité Europeo de Derechos Sociales (CCOO c. España): su insoslayable asunción por el Tribunal Supremo. *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol.15, núm.2, pp.1-24. E também Jimena Quesada, Luis (2025b). La sentencia del TS (social) de 16 de julio de 2025 sobre el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada: una inadmisible rémora (de la "Constitución programática") y una pretenciosa supremací (“Constitucional europea”). *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol.15, núm.2, pp.1-27.

[8] Veja-se Miranda Boto, José María (2016). La regulación del derecho de huelga en el ordenamiento de la Unión Europa. En Fotinopoulou Basurko, Olga (dir.). *El derecho de huelga en el Derecho internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp.78-113.

[9] Vejam-se Martínez Girón, Jesús; Arufe Varela, Alberto (2023). *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*. Barcelona: Atelier, p.235.

*nacionais em matéria de greve*[10]– deu lugar a que seja o Tribunal de Justiça da União Europeia quem proceda à sua delimitação com todas as suas consequências, algumas realmente negativas pela sua *potencialidade limitadora*[11], até o ponto de ter falhado que o direito de greve está subordinado às liberdades do mercado (especialmente as de prestação de serviços e de estabelecimento)[12], a diferença do que sustentou o Comité Europeu de Direitos Sociais (Conselho da Europa), que sim garante a viabilidade, sem esta subordinação, dos direitos de negociação coletiva e de adoção de medidas de conflito. E assim se pode comprovar analisando a Decisão de fundo do Comité Europeu de Direitos Sociais de 3 de julho de 2013 (em resposta à reclamação coletiva número 85/2012)[13], que tinha a sua origem no assunto *Laval* e que reconhecia os direitos que precisamente era negados dantes pelo Tribunal de Justiça da União Europeia na sua Sentença de 18 de dezembro de 2007, ditada no assunto C-341/05[14], na medida em que o Comité Europeu de Direitos Sociais (presidido então pelo Professor e Maestro Jimena Quesada) declarava que tinha violação do artigo 6 nos seus apartados 2 (relativo ao direito de negociação coletiva) e 3 (relativo ao direito a empreender ações coletivas, incluindo o direito de greve)[15].

---

[10] Vejam-se Martínez Girón, Jesús; Arufe Varela, Albert (2016). *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*. Barcelona: Atelier, p.235.

[11] Veja-se Cabeza Pereiro, Jaime (2008). Huelga, conflicto colectivo y libertades comunitarias. En: Cabeza Pereiro, Jaime; Martínez Girón, Jesús (coord.). *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*. Murcia: Laborum, p.57.

[12] Analisando, entre outros, os casos *Viking Line* (Sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 11 de dezembro de 2007, assunto C-438/05) e *Laval* (Sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 18 de dezembro de 2007, assunto C-341/05), se veja Carril Vázquez, Xosé Manuel (2012). Trabajadores ¿Dónde queda el principio del país de origen? En: Nogueira López, Alba (dir.). *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*. Cizur Menor-Navarra: Civitas-Thomson Reuters, pp.258-268.

[13] Veja-se em *https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-85-2012-dadmissandmerits-en*.

[14] Referência ECLI:EU.C:2007:809.

[15] Veja-se Salcedo Beltrán, María del Carmen (2014). *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*. Albacete: Editorial Bomarzo, pp.9-174; e também Jimena Quesada, Luis (2015). El comité europeo de derechos sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm.25, pp.120-121.

3. Esta subordinação dos direitos sociais às liberdades do mercado já era denunciada no seu dia pelo Professor Valdés Dal-Ré, assinalando que:

> *(...) a fundamentalista defesa das liberdades económicas de deslocação e de prestação de serviços institucionaliza a configuração das mesmas como um hábil instrumento de engenharia jurídica endereçado não já ao lucro da integração económica senão à deliberada circunvenção dos direitos sociais*[16].

Ao fio do acerto desta afirmação doutrinal —própria de quem foi um dos grandes Maestros do Direito do Trabalho e da Segurança Social comprometidos com a defesa dos direitos sociais—, parece oportuno analisar, sempre em um enquadramento contextual assentado no que deve entender pela Europa dos Direitos Humanos (se veja *infra*, 2), o relacionamento que quis ter a União Europeia com a Carta Social Europeia e com a interpretação e aplicação da mesma por parte do Comité Europeu de Direitos Sociais, através da atividade de controlo que implica tanto o sistema de relatórios por parte dos Estados como o sistema de reclamações coletivas.

Trata-se de uma questão que permite comprovar a diferente forma que tiveram a União Europeia e o Comité Europeu de Direitos Sociais para conciliar os direitos sociais e as liberdades económicas, mas também para pôr de relevo o facto de que a União Europeia, apesar das suas declarações sobre a importância da Carta Social Europeia (se veja *infra*, 3), se quis apartar do conteúdo da mesma, o fazendo inclusive de forma hipócrita e desleal (se veja *infra*, 4), até o ponto de resultar totalmente lógica e compreensível a postura de quem defendem a necessidade de que a União Europeia deva aderir à Carta Social Europeia para conseguir assim uma convivência harmoniosa entre o Direito da União Europeia e o Direito do Conselho da Europa no âmbito dos direitos sociais (se veja *infra*, 5).

[16] Veja-se Valdés Dal-Ré, Fernando (2008). Presentación. *Relaciones Laborales. Especial monográfico sobre Nuevas perspectivas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, números 15-16, p.6.

## 2. A modo de enquadramento contextual

### 2.1. Uma obviedade sobre o enquadramento referencial europeu

4. Sim, efetivamente, antes de iniciar a análise do relacionamento que quis ter a União Europeia com a Carta Social Europeia, convém ter claro o enquadramento contextual que se elegeu para isso, que está delimitado por uma obviedade muito concreta em que se deve insistir. Europa não é somente a União Europeia e há vida para além da União Europeia, de modo que o *ser europeia e europeu* não é uma condição que dependa única e exclusivamente do pertence à própria União Europeia[17]. Sim, há vida para além da União Europeia (em essência, uma associação económica e política supranacional formada por Estados), especialmente se falamos de direitos humanos fundamentais, como põe de relevo a existência do Conselho da Europa (em essência, uma organização internacional que promove e defende os Direitos Humanos na Europa), que constitui uma realidade anterior à existência, inclusive, de todo aquilo que deu local à configuração atual da União Europeia, se temos em conta que o citado Conselho da Europa se constitui com a assinatura do Tratado de Londres o 5 de maio de 1949, enquanto a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) se criou no ano 1951 e a Comunidade Económica Europeia (CEE) se criou no ano 1957.

### 2.2. Uma apropriação indevida

5. Resulta oportuna esta obviedade sobre o enquadramento referencial europeu para recalcar as diferenças, mas também para evitar confusões, muitas das quais podem vir propiciadas pelo emprego nada original de expressões que induzem à confusão, que é o que acontece, por exemplo, quando no âmbito específico de atuação da União Europeia se recorre –já desde o ano 1974– ao termo *Conselho Europeu* –que nada tem que ver com o Conselho da Europa– para aludir a uma das instituições da União Europeia, que está formada pelos chefes de Estado ou de Governo dos Estados membros e que tem como finalidade fixar a estratégia e orientações da União Europeia, contando para isso

[17] Veja-se Salcedo Beltrán, María del Carmen (2018). La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación "presente" a la ineludible integración futura. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, número 137, pp.87-88.

com uma presidência e com a presença também na sua composição de quem assume a presidência da Comissão Europeia. A esta falta de originalidade no seio da União Europeia à hora de procurar os nomes das suas instituições há que acrescentar a circunstância de que a União Europeia parece ter querido apropriar-se de todo o que tem que ver com os Direitos Humanos ao se ter somado à defesa e promoção dos mesmos, até o ponto de que, como depois ver-se-á, em vez de proceder à adesão á Convenção Europeia dos Direitos Humanos do Conselho da Europa optou inicialmente por *reinventar* o seu próprio catálogo de Direitos Humanos e Liberdades Públicas através da aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[18]. Por isso, convém recordar que a Europa dos Direitos Humanos é a do Conselho da Europa e vem configurada pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH), cujos dois pilares fundamentais são a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 (em todo o que tem que ver com os Direitos civis e políticos) e a Carta Social Europeia originaria de 1961 e a revisada de 1996 (em todo o que tem que ver com os direitos sociais e socioeconómicos)[19].

### 2.3. Um cinismo imperialista

6. Sim, efetivamente, resulta pertinente deixar claro o enquadramento referencial no que tem que ver com os direitos humanos, mas também resulta pertinente o fazer sem idealizações que impeça ver alguma que outra mácula na atuação dos Estados membros do Conselho da Europa, que é muito fácil de apreciar na leitura tanto do artigo 63 do Convenção Europeia de Direitos Humanos (sobre a sua *Aplicação territorial*», que agora é o artigo 56 desde a entrada em vigor do Protocolo número 11) como do artigo 34 a Carta Social Europeia de 1961 (também sobre a sua *Aplicação territorial*, que é o artigo L da Parte VI da Carta Social Europeia [revisada] de 1996). Ambos preceitos recolhem a chamada *cláusula colonial* [*Colonial Clause*][20] e aludem ao âmbito de aplicação de ambos

[18] Veja-se Jimena Quesada, Luis (2015), p.125.

[19] Veja-se Jimena Quesada, Luis (2018). Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, número 137, pp.17-22.

[20] Veja-se Moor, Louise; Simpson, A.W. Brian (2005). Ghosts of colonialism in the European Convention on Human Rights. *British Year Book of International* Law, vol.76, núm.1, pp.121-193; e também Frostad, Magne

tratados, distinguindo para isso *todos os territórios ou… algum dos territórios de cujos relacionamentos internacionais é responsável*[21], *território metropolitano*[22] e *territórios não metropolitanos*[23], nos quais a aplicação dos direitos humanos dependia da declaração que fizesse ao respeito o Estado à hora de formalizar a sua vinculação com os mencionados tratados internacionais. E a mácula em questão, como pode perceber do emprego destas expressões eufemísticas, não era outra que a relativa ao facto de que  no momento da redação destas duas normas internacionais o Conselho da Europa estava formado por potências coloniais (ou se se prefere, Estados colonialistas ou imperialistas) que eram partidárias de limitar a sua responsabilidade nas suas colónias (ou territórios não metropolitanos), de maneira que por trás da Europa da democracia e os direitos humanos que se forjava naquele momento tinha dominação colonial e muito cinismo imperialista.

## 3. Declarações da União Europeia que comprometem

### 3.1. No Tratado da União Europeia

7. Com o enquadramento referencial europeu que acaba de se ver, a análise do relacionamento que quis ter a União Europeia com a Carta Social Europeia pode se iniciar com o estabelecido ao respeito no Tratado da União Europeia[24], na medida em que aqui os Estados membros que constituem entre si uma União Europeia se pronunciam expressamente sobre o relacionamento que deve existir com o aprovado pelo Conselho da Europa. E fazem-no, primeiro, confirmando no Preâmbulo deste Tratado *a sua adesão aos direitos sociais fundamentais tal e como se definem na Carta Social Europeia assinada em Turim o 18 de outubro*

(2013). The 'Colonial Clause' and Extraterritorial Application of Human Rights: The European Convention on Human Rights Article 56 and its Relationship to Article 1. *Artic Review on Law and Politics*, vol.4, núm.1, pp.21-41.

[21] Veja-se artigo 63 do Convénio Europeu de Direitos Humanos.

[22] Veja-se artigo 34.1 da Carta Social Europeia de 1961.

[23] Veja-se artigo 34.2 da Carta Social Europeia de 1961.

[24] Diário Oficial da União Europeia C 202 de 7 de junho de 2016, no que se publica a versão consolidada do Tratado da União Europeia.

*de 1961*[25]. E segundo, indicando igualmente que a *União aderir-se-á á Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*[26] e que os:

> *(...) direitos fundamentais que garante o Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e os que são fruto das tradições constitucionais comuns aos Estados membros farão parte do Direito da União Europeia como princípios gerais*[27].

### 3.2. No Tratado de Funcionamento da União Europeia

8. Igualmente, no Tratado de Funcionamento da União Europeia[28], há menções específicas ao aprovado pelo Conselho da Europa e o grau de impacto sobre a própria União Europeia. É o caso do seu Título X (sobre Política Social), cujo artigo 151 (antigo artigo 136 do TCE) estabelece que a:

> *(...) União e os Estados membros, tendo presentes direitos sociais fundamentais, tal e como os enunciam a Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de outubro de 1961, e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989, terão por objetivos a promoção do emprego, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua harmonização, assegurando simultaneamente essa melhoria, uma proteção social adequada, o diálogo entre parceiros sociais, o desenvolvimento dos recursos humanos, tendo em vista um nível de emprego elevado e duradouro, e a luta contra as exclusões*[29].

[25] Veja-se a sua alínea sexta, que constitui formalmente o Confirmando segundo.

[26] Veja-se o seu artigo 6.2, inciso primeiro.

[27] Veja-se o seu artigo 6.3.

[28] Diário Oficial da União Europeia C 202 de 7 de junho de 2016, no que se publica a versão consolidada do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

[29] Veja-se a sua alínea primeira.

E é o caso do afirmado no seu Protocolo número 24, sobre Asilo de nacionais dos Estados-membros da União Europeia, indicando:

> *(...) que, nos termos do n.º 3 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia, os direitos fundamentais, garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, fazem parte do direito da União enquanto princípios gerais*[30].

### 3.3. Na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

9. Em fim, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[31] contêm-se declarações que comprometem à União Europeia no respeito do aprovado pelo Conselho da Europa, até o ponto de se reconhecer nas próprias Explicações sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[32] –*que embora não tenham em si força de lei, constituem um valioso instrumento de interpretação destinado a clarificar as disposições da Carta*[33]– que tanto a Convenção Europeia de Direitos Humanos como a Carta Social Europeia foram inspiração, base ou forma dos direitos que se contêm naquela[34]. Prova-o o texto preliminar que precede à sua parte articulada, em que se afirma que a:

> *(...) presente Carta reafirma, dentro do respeito pelas atribuições e competências da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-membros, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela União e pelo Conselho da Europa, bem como*

[30] Veja-se o seu segundo Considerando.

[31] Diário Oficial da União Europeia C 202 de 7 de junho de 2016, no que se publica a versão consolidada da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

[32] Diário Oficial da União Europeia C 303 de 14 de dezembro de 2007.

[33] Veja-se o inciso terceiro da única alínea que precede, a modo de Preâmbulo, aos Títulos e às explicações da cada um dos seus artigos.

[34] Em relacionamento com o Convénio Europeu de Direitos Humanos, veja-se ademais a Explicação relativa ao artigo 52.

> *da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*[35].

E depois, prova-o também de forma expressa o seu artigo 52 (sobre *Âmbito e interpretação dos direitos e princípios*) ao dispor que:

> *(...) na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção*[36].

E que esta *disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla*[37]. E o seu artigo 53 (sobre *Nível de proteção*), declarando que:

> *(...) nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e liberdades fundamentais reconhecidos, nos respetivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.*

## 4. Hipocrisia da União Europeia

### 4.1. A (ainda pendente) adesão á Convenção Europeia dos Direitos Humanos

10. Não pode se dizer que a União Europeia seja totalmente consequente (ou coerente) com as declarações que acabam de se ver, sempre a propósito do relacionamento que quer manter formalmente com o aprovado pelo Conselho da

[35] Veja-se a sua alínea quinta, inciso primeiro.

[36] Veja-se o seu apartado 3, inciso primeiro.

[37] *Ibidem*, inciso segundo.

Europa. Põe-no de relevo, por exemplo, o facto de que a adesão á Convenção Europeia dos Direitos Humanos ainda siga sendo uma questão pendente de cumprimento –e de negociações depois da batida do Tribunal de Justiça da União Europeia no ano 2014, que depois ver-se-á–, apesar de todas as nuanças (ou facilidades) que se contêm, em primeiro lugar, no Protocolo número 8 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (literalmente, o *acordo relativo à adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (adiante designada "Convenção Europeia"), prevista no n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia*), através do qual querem se preservar *as características próprias da União e do direito da União*[38], além de garantir que *a adesão da União não afete as suas competências nem as atribuições das suas instituições*[39]. E em segundo local, igualmente nas Declarações anejas à Ata final da Conferência Intergovernamental que adotava o Tratado de Lisboa[40], cujo Parte A (sobre *Declarações relativas às disposições dos Tratados*) contém uma *Declaração ad n.º 2 do artigo 6 do Tratado da União Europeia*[41], na qual se insiste de novo na necessidade de evitar que se vejam alteradas as singularidades do Direito da União Europeia, ao convir que:

> *(...) a adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais se deverá realizar segundo modalidades que permitam preservar as especificidades do ordenamento jurídico da União*[42].

Mas sem clarificar em tudo caso essas especificidades.

11. A respeito destas especificidades teve ocasião de pronunciar-se o Tribunal de Justiça da União no seu Parecer 2/13 de 18 de dezembro 2014, emitido em virtude do artigo 218 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, sobre a compatibilidade do projeto de acordo internacional de adesão da União Europeia

[38] Veja-se o seu artigo 1, alínea primeira.

[39] Veja-se o seu artigo 2, inciso primeiro.

[40] Diário Oficial da União Europeia C 202 de 7 de junho de 2016.

[41] Veja-se o seu número 2.

[42] Veja-se a sua única alínea, inciso primeiro.

á Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e os Tratados da União Europeia e Funcionamento da União Europeia[43], que era fruto das negociações realizadas no seio do grupo constituído para tais efeitos (formalmente denominado *Grupo 46+1*, em alusão à sua composição, formada por representantes dos 47 Estados membros do Conselho da Europa e 1 representante da União Europeia) desde junho de 2012 (1ª reunião) a abril de 2013 (5ª reunião). No seu Parecer, o Tribunal de Justiça da União Europeia conclui que o projeto de acordo de adesão *não é compatível com o artigo 6.º, n.º 2, TUE, nem com o Protocolo (n.º 8) relativo ao n.º 2 do artigo 6 do Tratado da União Europeia*. E isso, pelas quatro seguintes razões que aparecem no seu apartado número 58, relativas a que:

> *1) (...) é suscetível de lesar as características específicas e a autonomia do direito da União, uma vez que não garante a coordenação entre o artigo 53.° da CEDH [sobre «Proteção dos direitos humanos reconhecidos»] e o artigo 53 da Carta [também sobre «Nível de proteção»] não previne o risco de violação do princípio da confiança mútua entre os Estados-Membros no direito da União e não prevê uma articulação entre o mecanismo instituído pelo Protocolo n.° 16 [sobre concorrência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos para emitir opiniões consultivas] e o processo de reenvio prejudicial previsto no artigo 267.° TFUE [sobre as concorrências do Tribunal de Justiça da União Europeia para se pronunciar com carácter prejudicial];*
>
> *2) (...) é suscetível de afetar o 344 TFUE [relativo ao compromisso dos Estados membros de não submeter as controvérsias sobre interpretação ou aplicação dos Tratados a um procedimento diferente dos contemplados nos mesmos], uma vez que não exclui a possibilidade de os litígios entre os Estados-Membros ou entre estes e a União, relativos à aplicação da CEDH no âmbito de aplicação material do direito da União, serem submetidos ao TEDH;*

[43] Referência ECLI:EU:C: 2014:2454.

*3) (...) não prevê modalidades de funcionamento do mecanismo do corresponsável e do processo de apreciação prévia pelo Tribunal de Justiça que permitam preservar as características específicas da União e do seu direito;*

*4) (...) não tem em conta as características específicas do direito da União relativo à fiscalização jurisdicional dos atos, ações ou omissões da União em matéria de PESC, uma vez que confia a fiscalização jurisdicional de alguns desses atos, ações ou omissões exclusivamente a um órgão externo à União.*

12. Depois deste Ditame do Tribunal de Justiça da União Europeia, as negociações da adesão á Convenção Europeia de Direitos Humanos por parte da União Europeia foram suspensas até setembro do ano 2020, que é quando se retomaram de novo (6ª reunião), se celebrando desde então diferentes reuniões até março de 2023 (18ª reunião), que é a última realizada ao dia de hoje[44]. Nela, o *Grupo 46+1* –ficando pendente a situação dos atos da União Europeia no âmbito da Política Exterior e de Segurança Comum excluídos da jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia– chegou a um acordo provisório sobre o projeto de adesão, apresentando um relatório final ao Comité Diretivo de Direitos Humanos do Conselho da Europa, que se configura como o novo espaço para atender entre todas as partes negociadoras as consultas adicionais[45].

Com tudo, ficam muitos passos para finalizar o processo de adesão, algum deles realmente importantes, na medida em que segue sendo preciso um ditame positivo de compatibilidade do Tribunal de Justiça da União Europeia e as ratificações correspondentes por parte do Parlamento Europeu e por parte também dos Parlamentos dos Estados membros.

---

[44] Pode consultar-se o conteúdo de todas estas reuniões em: https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/accession-of-the-european-union-to-the-european-convention-on-human-rights.

[45] O conteúdo do relatório desta última reunião, realizada nos dias 14-17 de março de 2023, pode consultar-se em: https://rm.coe.int/meeting-report-18th-meeting/1680aa9807.

### 4.2. Interpretação economicista dos direitos sociais

13. É verdadeiro que, sempre desde o ponto de formal, o Tratado de Funcionamento da União Europeia introduz uma cláusula social horizontal para todo o que tem que ver com a definição e execução das suas políticas e ações, na medida em que declara que:

> *(...) na definição e execução das suas políticas e ações, a União tem em conta as exigências relacionadas com a promoção de um nível elevado de emprego, a garantia de uma proteção social adequada, a luta contra a exclusão social e um nível elevado de educação, formação e proteção da saúde humana*[46].

E também é verdadeiro que o Tratado em questão afirma –como já se indicou– que a:

> *(...) União e os Estados-Membros, tendo presentes os direitos sociais fundamentais, tal como os enunciam a Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de outubro de 1961 e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989, terão por objetivos a promoção do emprego, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua harmonização, assegurando simultaneamente essa melhoria, uma proteção social adequada, o diálogo entre parceiros sociais, o desenvolvimento dos recursos humanos, tendo em vista um nível de emprego elevado e duradouro, e a luta contra as exclusões*[47].

Mas ambas afirmações não supuseram uma convivência harmoniosa entre o Direito do Conselho da Europa no âmbito social e o Direito da União Europeia, até o ponto de que este último dispõe no seu Tratado de Funcionamento da União Europeia que a Política Social não pode permanecer alheia às necessidades do mercado, inclusive declarando que, na consecução dos objetivos de dita Política Social,

---

[46] Veja-se o seu artigo 9.

[47] Veja-se o seu já citado artigo 151 (antigo artigo 136 do Tratado da Comunidade Europeia), alínea primeira.

*(...) a União e os Estados-Membros desenvolverão ações que tenham em conta a diversidade das práticas nacionais, em especial no domínio das relações contratuais, e a necessidade de manter a capacidade concorrencial da economia da União*[48].

14. Esta falta de equilíbrio formal entre a dimensão económica da União Europeia (priorizando as liberdades do mercado, singularmente a relativa à concorrência) e a social (sem ter-se garantido efetivamente os direitos sociais fundamentais) evidenciou-se –com toda o seu crueza e crueldade– com as políticas de austeridade adotadas na União Europeia para hacer em frente à crise económica e financeira de 2008, provocando, de novo, uma situação na que prevalecia o económico sobre o social com uma interpretação economicista dos direitos sociais, no sentido de que o social estava condicionado aos interesses das liberdades do mercado, de modo que a União Europeia, uma vez mais, não foi consequente (ou coerente) com aquelas declarações suas sobre o aprovado pelo Conselho da Europa e relativas tanto à adesão aos seus direitos sociais fundamentais como à reafirmação dos mesmos, que dantes se mencionaram.

Precisamente sobre esta primícia economicista que supunham os programas de ajuste económico impostos pela Troica (isto é, o Banco Central Europeu, a Comissão e o Fundo Monetário Internacional) se pronunciou –com severas e bem argumentadas críticas– o Parlamento Europeu na sua Resolução de 13 de março de 2014, sobre os aspetos relativos ao emprego e sociais do papel e das operações da Troica (BCE, Comissão e FMI) relativamente aos países sob programa da área do euro (2014/2007(INI))[49], que eram a Grécia (programas de ajuste de maio de 2010 e março de 2012), Irlanda (programa de ajuste de dezembro de 2010), Portugal (programa de ajuste de maio de 2011) e Chipre (programa de ajuste de junho de 2013).

E, ademais, fazia-o formulando todo um conjunto de Recomendações para investir a situação, figurando entre as mesmas medidas muito concretas relativas

[48] Veja-se o seu artigo 151, alínea segunda.

[49] Pode consultar-se em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0240_PT.html.

à necessidade de que a adoção de *as medidas corretivas e incentivos possíveis, necessários para melhorar a situação social nestes países* devia *assegurar a plena observância da Carta Social Europeia, do respetivo protocolo e das convenções fundamentais da OIT*[50] e permitir a consecução de:

> *(...) os objetivos e as políticas sociais –incluindo os relacionados com os direitos individuais e coletivos das pessoas em maior risco de exclusão social– definidos nos Tratados, nos acordos entre os parceiros sociais europeus e no quadro de outras obrigações internacionais (convenções da OIT, Carta Social Europeia e Convenção Europeia dos Direitos do Homem)*[51].

15. Estas recomendações do Parlamento Europeu, com encaminhamentos vinculantes, ao Conselho da Europa e à sua Carta Social Europeia resultam do todo ponto lógicas, desde o momento em que o próprio Parlamento era ciente do facto de que o Comité Europeu de Direitos Sociais tinha a oportunidade de se pronunciar também sobre a aplicação destes programas de ajuste[52], os condenando porque violavam direitos reconhecidos na Carta Social Europeia.

Sim, efetivamente, no seio do Conselho da Europa, graças ao princípio de progressividade social da Carta Social Europeia e a sua aplicação pelo Comité Europeu de Direitos Sociais, a situação contrastava com a atuação puramente economicista da União Europeia.

E a prova vem da mão das medidas do programa de ajuste imposto a Grécia, propiciando –sempre a raiz da apresentação das correspondentes reclamações

---

[50] Veja-se o seu ponto número 37.

[51] Veja-se o seu ponto número 40.

[52] Veja-se o seu ponto número 26, em que, aludindo à Decisão de Fundo de 7 de dezembro de 2012 (Reclamação coletiva número 78/2012), literalmente se indica o seguinte: *(...) relembra que o Conselho da Europa já condenou os cortes no sistema de pensões públicas grego, tendo considerado que constituíam uma infração ao artigo 12.º da Carta Social Europeia, de 1961, e ao artigo 4.º do respetivo protocolo, e pronunciando-se no sentido de que «o facto de as disposições contestadas do direito nacional visarem respeitar os requisitos de outras obrigações jurídicas não as exclui do âmbito de aplicação da Carta» (12); observa que esta doutrina sobre a manutenção do sistema de pensões a um nível satisfatório para permitir aos pensionistas gozar de uma vida digna é de aplicação geral nos quatro países e deveria ter sido tomada em consideração.*

coletivas– até um total de sete decisões de fundo condenatórias no ano 2012[53], nas que o Comité Europeu de Direitos Sociais concluía que Grécia violava com as reformas que realizava por imposição da Troika o disposto pela Carta Social Europeia de 1961 no seu artigo 4 (*Direito a uma remuneração equitativa*)[54], no seu artigo 7 (*Direito das crianças e dos adolescentes à proteção*)[55], no seu artigo 10 (*Direito à formação profissional*)[56] e no seu artigo 12 (*Direito à segurança social*)[57]; e outra posterior no ano 2017 por violação dos artigos 1 (*Direito ao trabalho*), 2 (*Direito a condições de trabalho justas*), 4 (*Direito a uma remuneração equitativa*) e 7 (*Direito das crianças e dos adolescentes à proteção*)[58].

[53] Veja-se Alfonso Mellado, Carlos Luis; Jimena Quesada, Luis; Salcedo Beltrán, María del Carmen (2014). *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos sociales frente a la crisis económica*. Albacete: Editorial Bomarzo.

[54] É o caso da Decisão de 23 de maio de 2012, propiciada pela Reclamação coletiva número 65/2011 (https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-65-2011-dmerits-en), que declara que há violação do artigo 4.4 da Carta Social Europeia de 1961; e é o caso da Decisão de 23 de maio de 2012, propiciada pela Reclamação coletiva número 66/2011 (https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-66-2011-dmerits-en), que declara que há violação do artigo 4.1 da Carta Social Europeia de 1961.

[55] É o caso da citada Decisão de 23 de maio de 2012, propiciada pela Reclamação coletiva número 66/2011, que declara que há violação do artigo 7.2 e 7 da Carta Social Europeia de 1961.

[56] De novo, é o caso da citada Decisão de 23 de maio de 2012, propiciada pela Reclamação coletiva número 66/2011, que declara que há violação do artigo 10.2.

[57] Além da citada Decisão de 23 de maio de 2012, propiciada pela Reclamação coletiva número 66/2011, que declara que há violação do artigo 12.3 da Carta Social Europeia de 1961, há que citar aqui também mais cinco que declaram que há violação do mencionado artigo 12.3, que são a Decisão de 7 de dezembro de 2012, propiciada pela Reclamação coletiva número 76/2012 (https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-76-2012-dmerits-en); a Decisão de 7 de dezembro de 2012, propiciada pela Reclamação coletiva número 77/2012 (https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-77-2012-dmerits-en); a Decisão de 7 de dezembro de 2012, propiciada pela Reclamação coletiva número 78/2012 (https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-78-2012-dmerits-en); a Decisão de 7 de dezembro de 2012, propiciada pela Reclamação coletiva número 79/2012 (https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-79-2012-dmerits-en); e a Decisão de 7 de dezembro de 2012, propiciada pela Reclamação coletiva número 80/2012 (https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-80-2012-dmerits-en).

[58] Trata-se da Decisão de 23 de março de 2017, propiciada pela Reclamação coletiva número 111/2014 (https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-111-2014-dmerits-en), que declara que, em concreto, há violação do artigo 1.2, do artigo 2.1 e 5, do artigo 4.1 e 4, do artigo 7.5 e 7 da Carta Social Europeia de 1961 e do artigo 3 do Protocolo Adicional de 1988.

## 4. 3. Divergências

16. Igualmente, restam força ao declarado pela União Europeia no seu Direito primário outras iniciativas suas nas que parece ter querido se separar do aprovado pelo Conselho da Europa e, em especial, da sua Carta Social Europeia. Sobre este atuar esquivo da União Europeia já se tinha reparado em um documento de trabalho de 15 de julho de 2014 do próprio Comité Europeu de Direitos Sociais, que precisamente leva por título *A relação entre o Direito da União Europeia e a Carta Social Europeia* (*The relationship between European Union Law and the European Social Charter*)[59] e no que se reconhece a existência de *divergências [divergences]*[60] nesta *relação*. À margem das já mencionadas neste documento de trabalho, interessa assinalar agora duas iniciativas muito recentes que são um claro exemplo de atuação divergente da União Europeia.

17. A primeira destas iniciativas que não convergem com a Carta Social Europeia se refere ao Pilar Europeu de Direitos Sociais, proclamado na Cimeira Social de Gotemburgo de 2017 pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão, depois reafirmado na Cimeira Social do Porto de 2021[61]. Neste Pilar contêm-se 20 princípios e direitos finque sobre questões sociais (estruturados em três grandes capítulos)[62], mas sem nenhuma menção à Carta Social Europeia –já concebida no seu dia como Pilar Europeu dos Direitos Sociais[63]– nem também não aos procedimentos de controle do cumprimento da mesma. E isso, apesar das indicações sobre a sua necessária inclusão que figuravam na Opinião do

[59] Pode consultar-se em: https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/european-social-charter-and-european-union-law.

[60] Veja-se a sua página 2, que emprega esta expressão nos pontos 2 e 3 da sua Introdução até em três ocasiões.

[61] Pode consultar-se em: https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1226&langId=es. Sobre o tema, evidenciando a sua completa falta de eficácia jurídica em sentido estrito, veja-se Arufe Varela, Alberto (2018). El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 49, pp.32-59.

[62] Relativos a *Igualdade de oportunidades e de acesso ao mercado de trabalho* (Capítulo I), a *Condições de trabalho justas* (Capítulo II) e a *Proteção e inclusão social* (Capítulo III).

[63] Veja-se Jimena Quesada, Luis (2018), pp.24-26.

Secretário-Geral do Conselho da Europa sobre a Iniciativa da União Europeia para estabelecer um Pilar Europeu de Direitos Sociais (*Opinion of the Secretary Geral of the Council of Europe on the European Union initiative to establish a European Pillar of Social Rights*)[64], formulada durante o processo de consulta iniciado pela Comissão Europeia o 8 de março de 2016.

18. Efetivamente, a Opinião em questão, claramente positiva e propositiva, concluía razoando que era necessário a inclusão de duas medidas muito concretas. Em primeiro lugar, pedia que:

> *(...) as disposições da Carta Social Europeia (revisada) se incorporem formalmente ao Pilar Europeu de Direitos Sociais como referência comum para os Estados na garantia destes direitos; isso permitirá incluir no Pilar os direitos que já fazem parte do acervo social da União Europeia junto dos direitos garantidos, ao menos formalmente, pelos seus Estados membros no enquadramento do sistema convencional da Carta Social Europeia, que poderiam se incluir, com a gradação necessária, neste acervo.*
>
> [*(...) the provisions of the European Social Charter (Revised)21 should bê formally incorporated in the European Pillar of Social Rights as a common benchmark for states in guaranteeing these rights; this will make it possible to include in the Pillar the rights that are already part of the European Union's social acquis together with the rights guaranteed, at least formally, by its Member States under the European Social Charter treaty system, which could bê included, with the necessary gradation, in this acquis*][65].

E, em segundo lugar, pedia também que:

---

[64] Pode consultar-se em: https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/secretary-general-s-opinion-on-the-european-pillar-of-social-rights.

[65] Veja-se o seu ponto 46, letra A), alínea primeira. Na sua alínea segunda indicava-se que a incorporação das disposições da Carta Social Europeia revisada serviria, ademais, como médio político de promoção em três campos indicados a seguir na mesma alínea.

*(...) o procedimento de reclamações coletivas, baseado no Protocolo adicional à Carta Social Europeia pelo que se estabelece um sistema de reclamações coletivas, deve ser reconhecido pelo Pilar Europeu de Direitos Sociais pela contribuição que contribui à realização efetiva dos direitos estabelecidos na Carta e ao reforço das democracias sociais inclusivas e participativas. As reclamações coletivas e o procedimento associado permitem avaliar rápida e objetivamente as necessidades de proteção e identificar os riscos de não cumprimento que podem pôr em perigo a coerência do acervo social da UE e a sustentabilidade em longo prazo do crescimento e a coesão das nossas sociedades. Em definitive, as reclamações coletivas contribuem à realização do projeto europeu e à manutenção da segurança democrática em o continente.*

[*(...) the collective complaints procedure, based on the Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, should bê acknowledged by the European Pillar of Social Rights for the contribution that it makes to the effective realisation of the rights established in the Charter and to the strengthening of inclusive and participatory social democracies. Collective complaints and the associated procedure make it possible to assess protection needs promptly and objectively and to identify non-compliance risks likely to jeopardise the coherence of the EU social acquis and the long-term sustainability of our societies' growth and cohesion. In the final analysis, collective complaints help to implement the European project and maintain democratic security on the continent*][66].

19. E a segunda das iniciativas recentes da União Europeia não convergentes com a Carta Social Europeia se refere à Diretiva (EU) 2022/2041 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022, relativa a salários mínimos

[66] Veja-se o seu ponto 46, letra B).

adequados na União Europeia[67]. A diferença da iniciativa anterior –que era formalmente inofensiva, já que só se limitava a manter silêncio no seu conteúdo sobre a Carta Social Europeia–, esta segunda iniciativa é um claro exemplo de divergência ofensiva, na medida em que supõe uma agressão direta ao critério objetivo empregado pelo Comité Europeu de Direitos Sociais para determinar que o salário mínimo de um Estado constitui uma remuneração justa aos efeitos do cumprimento do artigo 4.1 da Carta Social Europeia[68].

Sim, a Diretiva (UE) 2022/2041 –realizando uma interpretação muito peculiar do artigo 153.5 do Tratado de Funcionamento da União Europeia[69]– estabelece outros critérios de valoração do salário mínimo legal que são mais fáceis de cumprir que os elaborados pelo Comité Europeu de Direitos Sociais, ao interpretar e aplicar o citado artigo 4.1 da Carta Social Europeia, razão pela que os Estados, *ante a arguida, e criticável, tendência a centralizar todo no regulamento da UE*[70], terão uma nova oportunidade para *"fugir de" as obrigaç˜es derivadas do regulamento do Conselho da Europa, "escondendo depois das suas obrigações derivadas do seu pertence à União* [71].

20. Como se sabe, a remuneração justa a que alude o artigo 4.1 é –sempre segundo o Comité Europeu de Direitos Sociais– aquela que assegura um nível de vida digno, o que supõe que a mesma vá para além de cobrir as necessidades básicas meramente materiais (alimentação, vestimenta e morada) e permita contar também com recursos necessários para participar em atividades culturais,

[67] Jornal Oficial da União Europeia L 275 de 25 de outubro de 2022. Veja-se Vizcaíno Ramos, Iván (2023). El grado de cumplimiento por Francia del Capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Un estudio comparado con el grado de cumplimiento español. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*. *Laborum*, número 6, pp.145-162.

[68] Indicando que *a fixação de um conteúdo essencial do direito a uma remuneração equitativa ex artigo 4 CSE tem um* carácter mínimo *e não fechado também não com respeito à "lista" ou "enumeração" que contém*, se vejam: Monereo Pérez, José Luis; Rodríguez Escanciano, Susana; Rodríguez Iniesta, Guillermo (2021). Política de rentas y salario mínimo interprofesional: dos variables indisolublemente imbricadas. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, número 1, p.19

[69] Segundo o qual, as *disposições do presente artigo não aplicar-se-ão às remunerações, ao direito de associação e sindicação, ao direito de greve nem ao direito de fechamento patronal*.

[70] Veja-se Salcedo Beltrán, María del Carmen (2014), pp.105.

[71] *Ibidem*, com cita de Petros Stangos.

educativas e sociais. Em concreto, a remuneração é justa quando o salário mínimo não é inferior ao 60% do salário médio nacional neto –embora, naqueles casos nos que salário é inferior, o Comité pode pedir ao Estado implicado que lhe forneça prova detalhada de que o salário mais baixo é suficiente para dar à pessoa trabalhadora um nível de vida decente, inclusive estando por baixo do 60% do salário médio neto nacional–, se baseando a avaliação em custos netos (isto é, uma vez deduzidos os impostos e as cotações de segurança social), sem prejuízo de que se recorra ao salário médio nacional bruto quando os Estados somente informam sobre a quantidade bruta do salário mínimo, sem facilitar cifras sobre o seu custo neto.

Os dados económicos aos que recorre o Comité Europeu de Direitos Sociais para justificar as suas decisões procedem do escritório estatístico da União Europeia (Eurostat) e se obtêm no seu sítio site, através da secção *Rendimentos netos anuais* [*Annual net earnings*], indo à sua apartado *Estrutura de rendimentos* [*Earnings structure*], que permite selecionar por Estados os *rendimentos brutos* [*gross earning*] e os *rendimentos netos* [*net earning*], e ao seu apartado *caso de rendimentos* [*earnings case*], em que há que marcar *Pessoa soltera sem filhos que ganha o 100% dos rendimentos médios* [*Single person without children earning 100% of the average earning*][72].

21. Mas, em local de aplicar *este critério de autoridade*[73], o Capítulo II da Diretiva (sobre *Salários mínimos nacionais*)[74] permite que os Estados membros recorram a critérios de medição diferentes e menos exigentes que o de 60% do salário médio neto nacional, o que não deixa de surpreender se o que não deixa de surpreender se repararmos nas citações expressas que contém a Diretiva da Carta Social Europeia[75]. E é que, em relacionamento ao *procedimento de fixação*

[72] Veja-se Carril Vázquez, Xosé Manuel (2023). En 1000 palabras, el (in)cumplimiento español en materia salarial de la Carta Social Europea (*Nihil novum sub sole*). *Briefs AEDTSS*, número 43, p.1; Carril Vázquez, Xosé Manuel (2024). El salario mínimo interprofesional en el contexto de la Carta Social Europea. *Revista Galega de Dereito Social*, número extra-20, pp.39-71.

[73] Veja-se Vizcaíno Ramos, Iván (2023), p.150.

[74] Artigos 5-8.

[75] Indiretamente, que é o que acontece com a menção à Carta Social Europeia através da cita do artigo 151 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, que figura na sua Considerando número (2). Mas também

*de salários mínimos legais adequados*, o artigo 5.4 da Diretora estabelece que *os Estados-Membros utilizam valores de referência indicativos para orientar a sua avaliação da adequação dos salários mínimos nacionais*[76], tendo em conta que:

> *(...) para o efeito, podem utilizar valores de referência indicativos habitualmente utilizados a nível internacional, tais como 60 % do salário mediano bruto e 50 % do salário médio bruto, e/ou valores de referência indicativos utilizados a nível nacional*[77].

Com isso, os Estados terão argumentos ao seu dispor para não ter que atingir o nível mínimo de proteção legal sobre a quantia do salário afixado pelo Comité Europeu de Direitos Sociais, apesar do que diga o artigo 16 da própria Diretora (sobre *cláusula de não regressão e disposições mais favoráveis*), de difícil aplicação aqui, porque o problema não é que a Diretiva seja utilizada como:

> *(...) um fundamento válido para reduzir o nível geral de proteção já concedido aos trabalhadores nos Estados-Membros, nomeadamente no que diz respeito à diminuição ou à supressão dos salários mínimos*[78].

Mas sim ser utilizada como motivo para justificar a decisão de não aumentar o valor mínimo do salário até ao nível estabelecido pelo Comité Europeu dos Direitos Sociais.

---

diretamente, que é o caso do seu Considerando número (4), em que literalmente se indica o seguinte: *A CSE estabelece que todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho justas. Reconhece o direito de todos os trabalhadores a uma remuneração suficiente para lhes assegurar, assim como às suas famílias, um nível de vida digno. Reconhece igualmente o papel das convenções coletivas livremente celebradas, bem como dos métodos de fixação dos salários mínimos nacionais, a fim de assegurar o exercício efetivo deste direito, o direito de todos os trabalhadores e empregadores a associarem-se em organizações locais, nacionais e internacionais para a proteção dos seus interesses económicos e sociais e o direito à negociação coletiva*.

[76] Veja-se o seu inciso primeiro.

[77] Veja-se o seu inciso segundo.

[78] Veja-se o seu apartado 1.

## 5. Conclusões propositivas

22. Sem dúvida alguma, a melhor maneira de reagir em frente a estes golpes desleais (com forma de incoerências, desprezos e ataques) da União Europeia à Carta Social Europeia não pode ser a de aquietar-se[79]. Todo o contrário, o oportuno é seguir fazendo questão da defesa da Carta, realizando propostas que garantam a sua viabilidade e evidenciem ao mesmo tempo a sua valia. E uma destas propostas está relacionada diretamente com a demanda de um protocolo de progresso social, cuja consecução no seio da União Europeia viu-se favorecida com a aprovação pelo pleno do Comité Económico e Social Europeu, o 15 de junho de 2023, do seu Parecer Protocolo sobre o Progresso Social, com a referência SOC/756[80], por causa, precisamente, do reconhecimento que se realiza da Carta Social Europeia aos efeitos de proceder à reforma dos Tratados da União Europeia para incluir um protocolo de progresso social[81], que permita, entre outras coisas, *garantir que, em caso de conflito, os direitos sociais fundamentais e tenham prioridade sobre as liberdades económicas e outras políticas da UE*[82], além de:

> *(...) garantir o progresso social, zelando pela promoção e proteção dos mais elevados padrões em matéria de direitos sociais, quer decorram do direito nacional, europeu ou internacional, e evitando também a regressão e a evasão desses direitos*[83].

23. Trata-se, efetivamente, de um Parecer que parte da base do reconhecimento de que na União Europeia há claras limitações para garantir o:

> *(...) justo equilíbrio entre a dimensão económica da UE (prioridade das liberdades económicas, em especial da liberdade de concorrência) e*

[79] Veja-se Salcedo Beltrán, María del Carmen (2022). Rumbo a la Carta Social Europea: navegando en aguas procelosas hacía el reconocimiento de los derechos sociales y sus garantías. *Documentación Laboral*, número 125, pp.33-55.

[80] Pode consultar-se o seu conteúdo em: https://www.eesc.europa.eu/es/our-work/opinions-information-reports/opinions/social-progress-protocol.

[81] Veja-se o seu ponto 1.4.

[82] Veja-se o seu ponto 1.5.1).

[83] Veja-se o seu ponto 1.5.2).

*a dimensão social (garantia efetiva dos direitos sociais fundamentais e, a proibição do* dumping *social)*[84].

Até o ponto de reconhecer aqui a existência de um *desequilíbrio*[85], que foi a mais com as *políticas de austeridade adotadas na UE e nos Estados membros através do «método da Troica» (objeto assim mesmo de crítica pelo Parlamento Europeu) para fazer face à grave crise do sistema financeiro*, que fizeram primar a *estabilidade financeira e o crescimento económico em detrimento do progresso social*[86], a diferença do que acontece com a aplicação do *princípio de progressividade social da Carta Social Europeia*[87], o *que levou o Conselho da Europa a condenar vários países da UE pela aplicação destas políticas e leis assentes na austeridade em prejuízo dos direitos sociais*[88]. Ademais, sempre segundo o Comité Económico e Social Europeu, estes:

> *(...) casos de conflito entre as liberdades económicas e outras políticas da UE, por um lado, e os direitos sociais, por outro, suscitam questões importantes relativas ao risco de incoerência entre o ordenamento jurídico da UE e os instrumentos e normas europeus e internacionais em matéria de direitos humanos*[89].

Na medida em que:

> *(...) os Estados-Membros estão sujeitos a obrigações contraditórias nos seus esforços para cumprir a legislação da UE, por um lado, e respeitar os seus compromissos decorrentes de instrumentos europeus e internacionais em matéria de direitos humanos, por outro*[90].

---

[84] Veja-se o seu ponto 2.3, inciso segundo.

[85] Veja-se o seu ponto 2.4.

[86] Veja-se o seu ponto 2.5, inciso primeiro.

[87] Veja-se o seu ponto 2.5, inciso segundo.

[88] Veja-se o seu ponto 2.5, inciso terceiro.

[89] Veja-se o seu ponto 2.6, inciso primeiro.

[90] Veja-se o seu ponto 2.6, inciso segundo.

E é aqui onde cobra todo o seu sentido a proposta de inclusão de um protocolo de progresso social, através do qual se:

> *(...) procura solucionar este dilema clarificando que, em situações de conflito, as liberdades económicas garantidas pelos Tratados da UE não constituem um direito fundamental em oposição aos direitos humanos fundamentais, incluindo os direitos sociais e laborais fundamentais*[91].

24. Do que se trata, em definitiva, é de que exista um *equilíbrio entre interesses económicos e sociais que respeite os direitos humanos em caso de conflito*[92], que resulta:

> *(...) essencial para garantir que o princípio do primado do direito da UE não é aplicado em violação das normas europeias e internacionais em matéria de direitos humanos*[93].

E para isso –e aqui está a proposta relevante sobre a Carta Social Europeia– o Comité Económico e Social Europeu faz duas recomendações à União Europeia, a primeira das quais se refere a que *a UE cumpra a obrigação que lhe incumbe por força do Tratado de Lisboa de aderir à Convenção Europeia de Direitos Humanos*[94], algo que o Comité Económico e Social Europeu *lamenta que a UE ainda não tenha cumprido*[95]. E a segunda recomendação também se refere a uma adesão, indicando a tais efeitos que:

> *(...) a UE deve aderir à Carta Social Europeia do Conselho da Europa, a fim de promover uma coexistência harmoniosa entre o direito da UE e o direito do Conselho da Europa no domínio social*[96].

Precisamente porque o Comité Económico e Social Europeu:

---

[91] Veja-se o seu ponto 2.6, inciso terceiro.

[92] Veja-se o seu ponto 2.6, inciso quarto.

[93] *Ibidem*.

[94] Veja-se o seu ponto 5.3, inciso primeiro.

[95] Veja-se o seu ponto 1.10, inciso primeiro.

[96] Veja-se o seu ponto 5.3, inciso segundo.

*(...) considera que é não só desejável como necessário garantir que o referido Protocolo sobre o Progresso Social contenha um princípio de não regressão das normas sociais, já reconhecido no direito da Carta Social Europeia e na jurisprudência do Comité Europeu dos Direitos Sociais, mas não no direito da União ou na jurisprudência do TJUE*[97].

## 6. Bibliografia


Alfonso Mellado, Carlos Luis; Jimena Quesada, Luis; Salcedo Beltrán, María del Carmen (2014). *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos sociales frente a la crisis económica*. Albacete: Editorial Bomarzo.

Arufe Varela, Alberto (2018). El nuevo pilar europeo de derechos sociales. Análisis crítico. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 49.

Cabeza Pereiro, Jaime (2008). Huelga, conflicto colectivo y libertades comunitarias. En Cabeza Pereiro, Jaime; Martínez Girón, Jesús (coord.). *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor Gonzalo Diéguez*. Murcia: Laborum.

Carril Vázquez, Xosé Manuel (2012). Derechos sociales y de los trabajadores ¿Dónde queda el principio del país de origen? En: Nogueira López, Alba (dir.). *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. Derechos ciudadanos*. Cizur Menor-Navarra: Civitas-Thomson Reuters.

Carril Vázquez, Xosé Manuel (2023). En 1000 palabras, el (in)cumplimiento español en materia salarial de la Carta Social Europea (*Nihil novum sub sole*). *Briefs AEDTSS*, 43.

Carril Vázquez, Xosé Manuel (2024). El salario mínimo interprofesional en el contexto de la Carta Social Europea. *Revista Galega de Dereito Social*, extra-20.


[97] Veja-se o seu ponto 4.4.

Frostad, Magne (2013). The 'Colonial Clause' and Extraterritorial Application of Human Rights: The European Convention on Human Rights Article 56 and its Relationship to Article 1. *Artic Review on Law and Politics*, vol.4, núm.1.

Jimena Quesada, Luis (2015). El comité europeo de derechos sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 25.

Jimena Quesada, Luis (2018). Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, 137.

Jimena Quesada, Luis (2025a). La nueva decisión vinculante del Comité Europeo de Derechos Sociales (CCOO c. España): su insoslayable asunción por el Tribunal Supremo. *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol.15, núm.2.

Jimena Quesada, Luis (2025b). La sentencia del TS (social) de 16 de julio de 2025 sobre el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada: una inadmisible ré ora (de la "Constitución programá ica") y una pretenciosa supremacía ("Constitucional europea"). *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol.15, núm.2.

Martínez Girón, Jesús; Arufe Varela, Albert (2016). *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*. Barcelona: Atelier.

Martínez Girón, Jesús; Arufe Varela, Albert (2023). *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*. Barcelona: Atelier.

Miranda Boto, José María (2016). La regulación del derecho de huelga en el ordenamiento de la Unión Europa. En Fotinopoulou Basurko, Olga (dir.). *El derecho de huelga en el Derecho internacional.* Valencia: Tirant lo Blanch.

Monereo Pérez, José Luis; Rodríguez Escanciano, Susana; Rodríguez Iniesta, Guillermo (2021). Política de rentas y salario mínimo interprofesional: dos variables indisolublemente imbricadas. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 1.

Moor, Louise; Simpson, A.W. Brian (2005). Ghosts of colonialism in the European Convention on Human Rights. *British Year Book of International* Law, vol.76, núm.1.

Salcedo Beltrán, María del Carmen (2014). *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*. Albacete: Editorial Bomarzo.

Salcedo Beltrán, María del Carmen (2018). La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación "presente" a la ineludible integración futura. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Derecho social Internacional y Comunitario*, 137.

Salcedo Beltrán, María del Carmen (2022). La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral. *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relacionales Laborales*, 91-92.

Salcedo Beltrán, María del Carmen (2022). Rumbo a la Carta Social Europea: navegando en aguas procelosas hacía el reconocimiento de los derechos sociales y sus garantías. *Documentación Laboral*, 125.

Valdés Dal-Ré, Fernando (2008). Presentación. *Relaciones Laborales. Especial monográfico sobre Nuevas perspectivas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 15-16.

Vizcaíno Ramos, Iván (2023). El grado de cumplimiento por Francia del Capítulo II de la Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Un estudio comparado con el grado de cumplimiento español. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*. *Laborum*, 6.

# O CONTROLO JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS (PERSPETIVA NORMATIVISTA)

Joaquim Freitas da Rocha[1]

## 1. Enquadramento: Estado de Direito, políticas públicas e controlo judicial

No quadro normativo de um Estado de Direito, resulta patente que todos os atos do Estado e das demais entidades públicas estão sujeitos a normas jurídicas (princípios e regras) –aqui se incluindo a Constituição– e, por tal motivo, a controlo judicial[2]. Especificamente no que concerne ao ordenamento jurídico-constitucional português, também não existem reservas quanto ao facto de que entre tais atos se devem incluir os atinentes à definição e à execução de políticas públicas nos seus mais diversos domínios materiais, da educação ao ordenamento do território, do ambiente à saúde, da assistência social à defesa. De resto, o controlo efetuado por tribunais –verdadeiros tribunais, no sentido jurídico-constitucional do termo– é necessário e essencial para assegurar a conformidade das decisões e políticas com os princípios essenciais da juridicidade, designadamente a legalidade (reserva de lei), a igualdade (isonomia), a proporcionalidade, ou a segurança jurídica e proteção da confiança. Em última análise, todas estas dimensões principiológicas

[1] Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Professor na Escola de Direito da Universidade do Minho. https://orcid.org/0000-0001-7510-7476.

[2] Neste sentido, e em referência ao ordenamento português, v. art.º 3.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

convergem, sem se confundirem, com o desígnio existencial e fundante desse mesmo Estado de Direito: a proteção da dignidade da pessoa humana[3].

As presentes reflexões visam analisar as diferentes dimensões do controlo judicial das políticas públicas no contexto do ordenamento constitucional português –com especial foco no controlo das medidas legislativas e administrativas–, procurando vislumbrar os limites de intervenção dos diversos tribunais, designadamente o Tribunal Constitucional (TC), o Tribunal de Contas (TdC), e os Tribunais Administrativos e Fiscais (TAF) (sem esquecer, pelas razões que se evidenciarão, os tribunais comuns).

A grande tese a expor é esta: sob pena de se potenciar um grave desequilíbrio sistémico e de colocar em crise princípios fundamentais constitucionais –que constituem as traves-mestras de qualquer ordenamento unitário, sistemático, coerente e democrático–, é essencial impor (ao menos em base principiológica) limites à atuação dos tribunais quando estes decidem controlar as políticas públicas, mesmo que sob o pretexto do *cumprimento dos direitos* previstos na Constituição e na lei. Tal justifica-se essencialmente pela circunstância de tais políticas resultarem de opções e escolhas legítimas tomadas por órgãos democráticos eleitos (governos e parlamentos) e com suposto conhecimento técnico (avaliação da viabilidade financeira e operacional), não se podendo a eles substituir um órgão que, apesar de soberano, não tem substrato democrático e foi constitucionalmente desenhado para outros fins bem diversos (resolver litígios e questões jurídicas).

[3] Embora não seja diretamente atinente ao núcleo central das temáticas desenvolvidas no presente escrito, convém, ainda assim, efetuar aqui uma breve aclaração a propósito do revestimento jurídico que deve ser conferido à dignidade da pessoa humana, considerando que é frequente a alusão equívoca e generalizada à mesma como um *princípio*. Importa colocar em evidência que não o é, independentemente do domínio jurídico-material que se esteja a trata, aqui se incluindo as políticas públicas. Em rigor, a dignidade da pessoa humana assume-se juridicamente como um meta-princípio ou, no limite, o *princípio dos princípios*, nunca podendo ser perspetivada como um princípio a par de outros, por três razões essenciais: i) constitui um pressuposto axiológico de todo o ordenamento jurídico, assumindo-se como uma pré-condição de validade de todo o (restante) material jurídico-normativo (Constituição, leis, decretos-lei, regulamentos, etc.); ii) constitui cânone interpretativo e integrativo de todas as normas; e iii) em termos metódicos, não é ponderável (ao contrário do que sucede com todos os outros princípios), não podendo ser restringida ou limitada em exercícios de harmonização ou concordância prática.

Pois bem, considerando que se está em presença de um conjunto de tópicos e matérias nas quais frequentemente o discurso extrapola do âmbito científico-jurídico –e do rigor exigido– e resvala para as vaguidades, imprecisões e reflexões generalistas, será imprescindível delimitar com precisão o âmbito analítico no qual as presentes considerações se movem, intentando uma compreensão adequada do que se deve entender, quer por *política pública*, quer por *controlo judicial*.

Serão esses os passos subsequentes.

### 1.1. Políticas públicas

Para os presentes efeitos, e de um ponto de vista estritamente jurídico –que constitui o enfoque predominante de todas as considerações subsequentes– adotar-se-á uma *noção jurídica* de *política pública*, aqui entendida como um conjunto coordenado de atos que, no quadro do sistema jurídico, refletem e materializam decisões normativas funcionalmente orientadas à prossecução de finalidades constitucionalmente reconhecidas. De um modo muitíssimo sumário, sinalizam-se as seguintes coordenadas constitutivas da definição:

> i) *Pluralidade* - trata-se de conjuntos de atos, o que remete para uma evidente natureza plural, na medida em que não existem políticas compostas ou consubstanciadas numa só atuação;
> ii) *Coordenação* - tais atos devem encontrar-se concatenados, articulados, coerentemente ligados entre si, sem o que se devem considerar simples medidas avulsas e esparsas. Essa coordenação tanto pode resultar do facto de partilharem um substrato político-ideológico comum (e.g., proteção ambiental, ordenamento do território, defesa nacional, liberdade de mercado, socialidade, etc.), como de integrarem o mesmo *pacote normativo* (várias normas constitucionais, leis, decretos, regulamentos, etc.), ou até de ambas as circunstâncias;
> iii) *Enquadramento e teleologia jurídico-constitucional* - esses atos devem ser praticados no uso dos poderes constitucionais reconhecidos aos órgãos de soberania (Parlamento, Governo, Presidente, Tribunais, consoante os casos) e devem ter por finalidade estrita a proteção de valores e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, como a defesa nacional, a

segurança, a saúde, a educação, a assistência social, a proteção da família, a proteção no emprego, o ordenamento do território e urbanismo, o ambiente, etc.

Neste seguimento, os atos políticos serão aqueles que têm por objeto a definição e determinação do interesse geral (interesse público), no sentido de conjunto dos interesses essenciais da coletividade, sendo dotados de uma forte natureza estratégica, envolvendo escolhas entre várias alternativas, todas elas potencialmente válidas, como, por exemplo, financiar o sistema de educação através de impostos ou de taxas pagas pelos próprios alunos; definir prioridades orçamentais em matéria de saúde, criando novos hospitais ou atribuindo ajudas financeiras aos utentes; escolha dos locais para a criação de determinadas infraestruturas, etc. Por estes motivos –e este é um aspeto importante nas presentes considerações– os atos e as políticas públicas são imbuídos por uma forte componente de seletividade e de discricionariedade, sendo o seu controlo bastante difícil de ser efetivado, ao menos quando se pensa nos controlos clássicos de legalidade ou de constitucionalidade. Seja como for, não deixam de estar subordinados, em primeiro lugar, à Constituição e, depois, ao quadro normativo infraconstitucional que densifica o conteúdo material do interesse público a realizar.

As decisões respeitantes a políticas públicas podem ser expressas ou reveladas em distintos níveis de atuação política, designadamente (i) a um nível mais elevado –a cargo do Governo enquanto órgão político–, de orientação, estratégia e *indirizzo*, que diz respeito à condução da política geral do país, às opções estratégicas fundamentais ao nível institucional, económico e social, e ao referencial supremo de valores defendidos ao nível constituinte, e (ii) a um nível mais operativo –a cargo do legislador ordinário (Assembleia da República e Governo, aqui já enquanto puro órgão legislativo) e da administração–, concretizado em segmentos materialmente localizados, denominadas políticas setoriais (e.g., justiça, saúde, educação, território, ambiente, família).

### 1.2. Controlo judicial

Igualmente, para os presentes efeitos, recorta-se uma noção operativa de controlo judicial: sindicância que incide sobre os atos do poder público e que é

efetuada por tribunais, no uso de poderes jurisdicionais. São dois os vetores de análise que devem aqui ser salientados:

> i)Trata-se, em primeiro lugar, de um controlo que é efetuado por órgãos constitucionalmente previstos (ainda que de modo indireto) e que podem ser qualificados como verdadeiros tribunais, isto é entidades objetiva e subjetivamente independentes –não sujeitas a qualquer espécie de orientação, ordem ou comando– e que decidem, não de acordo com a equidade, a ética, a prudência ou a *razoabilidade*, mas estrita e exclusivamente de acordo com critérios jurídico-normativos (aplicando normas jurídicas: princípios e regras);
>
> ii) Além disso, e em segundo lugar, deve tratar-se de um controlo que é efetuado no exercício de poderes jurisdicionais, o que vale por dizer que se está em presença de processos que têm em vista a resolução de litígios ou de questões de conformidade jurídica (como a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de determinada atuação pública), e não procedimentos ou instâncias de apreciação, de formulação de parecer, de autorização ou de validação de atos (como frequentemente acontece com órgãos puramente administrativos, pese embora denominados *tribunal*).

De acordo com este enfoque, instâncias como *comités, gabinetes, colégios, conselhos, árbitros* ou outros apenas serão considerados tribunais e/ou juízes se puderem ser considerados absolutamente independentes, se decidirem exclusivamente com base em normas jurídicas e se o seu único propósito for a resolução de um litígio ou de uma questão de conformidade jurídica.

## 2. A relevância jurídica das políticas públicas: em especial, as medidas legislativas, as medidas regulamentares e os atos administrativos

Após se ter tentado fixar os contornos dos conceitos de políticas públicas e de controlo judicial, importa agora avançar na direção do núcleo central das presentes considerações. Nos desenvolvimentos que se seguem, refletir-se-á sobre o tipo de controlo que os tribunais podem abstratamente exercer sobre as medidas integrantes das políticas públicas, importando fixar desde já um importante esteio de análise e, simultaneamente, conclusão: as políticas

públicas *em si* não são escrutinadas pelos tribunais, apenas o sendo os atos jurídicos que as concretizam (e mesmo estes, nem todos). Na verdade, pode dizer-se que a intervenção judicial apenas sucede quando já se está em presença de uma política pública *in action*, que já foi densificada, concretizada ou transposta para a prática por meio de um ato com relevância para o mundo do Direito, ato esse criado por um órgão constitucionalmente competente, de acordo com um procedimento constitucionalmente previsto e seguindo a forma constitucionalmente consagrada; antes disso, tratar-se-á de mera proclamação político-ideológica, porventura um conjunto de intenções e desejos democráticos (projetos, propostas, *reformas*), mas não *Direito*, pois não se passou o portal da normatividade jurídica e, consequentemente, não se criam direitos e deveres reivindicáveis e justiciáveis. Apenas com a criação de um invólucro conferido por um ato jurídico tal estatuto é alcançado, o que em rigorosos termos jurídico-normativos, significa que se torna imperativo existir, no mínimo, um dos três seguintes degraus de concretização, pela *imperativa* ordem indicada, e tendo por referência a Constituição da República Portuguesa (CRP):

- atos normativos com natureza legal (lei, decreto-lei ou decreto legislativo regional)[4];
- atos normativos com natureza infra legal ou regulamentar (regulamento); e;
- atos administrativos ou medidas administrativas *stricto sensu*.

Num quadro normativo escalonado como o que emerge da CRP, as normas legais constituem a base de execução das políticas, podendo estar sujeitas a controlo judicial. Basta pensar que determinada lei ou decreto-lei pode, por exemplo, restringir prestações de assistência no desemprego ou na incapacidade, descontinuar instituições ou cuidados de saúde, incrementar os valores a cobrar aos estudantes nas universidades públicas, ou autorizar a instalação de indústrias poluentes e prejudiciais, infletindo decisivamente as diferentes políticas públicas num determinado sentido. Neste sentido, deve o ordenamento prever mecanismos de sindicância que permitam aferir da

[4] Cf. art.º 112.º, n.º 1, da CRP.

conformidade jurídica das medidas e daí retirar as devidas ilações e consequências.

O mesmo se pode dizer dos regulamentos, os quais, apesar de integrarem um escalão de validade inferior, possuem natureza vinculativa e projeção geral e abstrata, podendo ser emanados por qualquer entidade administrativa com poderes para o efeito, desde o próprio Governo e seus desdobramentos organizatório-institucionais (ministérios, secretarias de estado, direções-gerais, etc.)[5], aos municípios, institutos públicos, universidades públicas, hospitais públicos, ordens profissionais, etc. Pense-se, por exemplo, num hospital público que apenas permite que pessoas de certa nacionalidade possam ter acesso a determinado tratamento; numa direção-geral que limita as licenças parentais para homens; num agrupamento de escolas que impede a matrícula de crianças de certa nacionalidade ou com necessidades especiais; ou ainda numa freguesia que estabelece critérios de acesso aos parques e piscinas mais restritivos do que os previstos na lei.

Contudo, a lei e o regulamento não bastam, pois a implementação em concreto das políticas públicas carece de atos administrativos, que, de um modo simples, consistem em decisões individuais e concretas, emanadas por um órgão administrativo no uso de poderes administrativos, podendo ser apontados como exemplos a atribuição de uma bolsa de estudo a um estudante, no âmbito de um programa de apoio social escolar; a atribuição de uma habitação social a uma família, no espaço de uma política habitacional municipal; a atribuição de um subsídio a uma empresa, no contexto de um programa de apoio à inovação; ou a afetação de um professor ou de um médico, respetivamente a uma escola ou

[5] Embora resulte do que já se expôs, será conveniente colocar em relevo que, no desenho organizatório emergente da CRP, o Governo apresenta uma natureza heterogénea e versátil, detendo simultaneamente funções políticas (orientação geral da política do país), funções legislativas (emanação de decretos com valor de lei, denominados *decretos-lei*) e funções administrativas (competindo-lhe a execução das leis, a superintendência e tutela da administração e, em geral, a gestão dos serviços públicos). A sua ação integra, por isso, um vastíssimo espectro de atos, desde atos de natureza programática e abstrata, direcionados a escolhas estratégicas, até atos individuais e concretos, vocacionados para a produção de atos efeitos jurídicos localizados e particularizados.

a um centro de saúde numa zona carenciada, em execução de uma política de proximidade na educação ou na saúde.

Em síntese, a materialização e a concretização infraconstitucional das políticas públicas projetam-se num arranjo escalonado que parte da norma legislativa, depende da densificação regulamentar, e concretiza-se na execução administrativa individual e concreta. A CRP, ao estabelecer uma hierarquia normativa, impõe que todos estes níveis –da lei ao ato administrativo– se mantenham conformes ao Direito, pelo que o controlo a ser exercido pelos tribunais é absolutamente premente, sob pena de se abrir espaço para distorções que podem subverter, na prática, as finalidades das próprias políticas.

## 3. O controlo efetuado pelos diversos Tribunais

### 3.1. Limites constitucionais à intervenção judicial

Como se retira do antedito, o controlo judicial emerge como garantia estrutural da validade e da coerência das políticas públicas face ao quadro constitucional vigente, além, evidentemente, de constituir o modo privilegiado de proteção dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos. Porém, e como expressamente se disse, as políticas públicas *em si* não são escrutinadas pelos tribunais –nem podem e nem devem ser–, apenas o sendo os atos jurídicos que as concretizam.

E existem várias razões para que uma barreira seja assim imposta:

> i) Em primeiro lugar, o próprio estatuto constitucional dispensado aos tribunais, os quais são consagrados como órgãos para administrar a justiça em nome do povo[6], o que significa que a sua intervenção tem por objeto litígios e questões jurídicas, e por finalidade a respetiva resolução (sem prejuízo de poderem levar a efeito outras funções, designadamente administrativas ou parecerísticas, mas aqui já não atuando no perímetro da função jurisdicional, mas de outras funções estaduais);

[6] Cf. art.º 202.º da CRP.

ii) Em segundo lugar, os ditames impostos pelo princípio da separação de poderes, do qual resulta uma *reserva política* a favor do legislativo, no sentido em que são os órgãos com essa natureza (Assembleia da República e Governo) que têm competências para a função política e normadora, apenas aos mesmos sendo reconhecida uma margem autónoma de valoração para definir objetivos, instrumentos e meios das políticas públicas. Define-se assim, logo ao nível constitucional, uma *proibição de governo de juízes*, ao fixar-se um estatuto que os configura apenas como aplicadores da lei (pese embora absolutamente independentes);

iii) Em terceiro lugar, as exigências decorrentes do princípio democrático, nos termos do qual a soberania reside no povo e deve ser exercida pelos órgãos pelo mesmo eleitos (Assembleia da República e Governo, democraticamente legitimados, se bem que o segundo de modo indireto), órgãos esses que detêm a titularidade das escolhas políticas fundamentais e que respondem politicamente (e de modo periódico) perante os eleitores. Admitir-se que os juízes pudessem interferir no desenho das políticas públicas constituiria uma total subversão dos esquemas constitucionalmente previstos, deslocando-se o centro decisório das escolhas públicas de uma área de legitimação democrática direta para uma área de legitimação de natureza técnico-jurídica, potenciando uma quebra sistémica;

iv) Em quarto lugar, o conteúdo normativo emanado do princípio da legalidade, designadamente do seu sub-princípio da reserva de lei, do qual se retira que a disciplina jurídica das matérias essenciais à vivência comunitária –aqui se incluindo, evidentemente, as respetivas opções políticas– estão adstritas de modo exclusivo ao legislador, e não a qualquer dos outros poderes do Estado.

Pois bem, assumido que este quadro teórico balizador da intervenção judicial tem alguma valia –e pela nossa parte ele é absolutamente pertinente e inarredável–, emerge do mesmo uma demarcação (que deveria ser clara) dos territórios jurídicos no quais os tribunais não podem intervir, isto é, domínios práticos nos quais a sua atuação deve ser considerada inconstitucional. Além do

pressuposto lógico de que os mesmos só podem intervir *na sua verdadeira natureza* quando existir um litígio ou uma questão jurídica a resolver (questão de constitucionalidade ou de legalidade, bem entendido) –e não quando dão pareceres, quando opinam ou quando certificam– torna-se claro que a política constitui terreno vedado, aqui se incluindo a definição de metas políticas, a escolha de prioridades orçamentais, a seleção de investimentos relevantes, a determinação dos instrumentos de atuação, a calendarização da execução, as opções de planeamento ou de gestão, etc. Trata-se de âmbitos não judicializáveis, e este é um ponto crucial.

Seja como for, mesmo tomando por claro que as políticas não são por eles sindicáveis, a realidade é que estrutura judiciária emergente da CRP, assegura a possibilidade de fiscalização judicial dos atos normativos e administrativos que concretizam essas políticas, sendo aqui destacados os seguintes:

- o Tribunal Constitucional (TC);

- o Tribunal de Contas (TdC);

- os Tribunais Administrativos e Fiscais (TAF).

A cada uma destas espécies judicativas se dedicarão os apartados subsequentes.

### 3.2. Tribunal Constitucional

O controlo da constitucionalidade efetuado pelo TC tem sempre e exclusivamente em vista a aferição da conformidade de normas –não *políticas*, nem *reformas*– com a Constituição, e assume no sistema português uma estrutura dual, podendo ser efetuado a dois níveis:

i) Um primeiro nível em si concentrado; e

ii) Um segundo nível disseminado por todos os restantes tribunais (tribunais comuns) e no qual o mesmo intervém apenas em sede recursiva.

#### 3.2.1. Controlo concentrado

Com efeito, o Tribunal constitucional não pode apreciar diretamente a definição e a execução das políticas públicas *em si*, mas pode fazê-lo, de um modo

indireto, tendo por objeto as respetivas medidas –sempre e só quando as mesmas se materializam em atos normativos, designadamente legislativos– ou a falta delas, podendo falar-se de um controlo por ação ou por omissão[7]. No primeiro caso, o controlo das medidas legislativas pode ser efetuado por dois caminhos processuais distintos:

i) ainda antes de as mesmas entrarem em vigor, por via do denominado *controlo preventivo* e, nestas situações, caso exista pronúncia no sentido da inconstitucionalidade, a norma em causa será obrigatoriamente vetada pelo Presidente da República e, em princípio, não chegará a entrar em vigor[8];

ii) após essa entrada em vigor –já com as medidas potencialmente a produzirem efeitos, portanto–, por meio de um *controlo sucessivo*, no qual o órgão máximo da jurisdição constitucional aprecia a conformidade/validade de determinada norma e, caso conclua pela respetiva inconstitucionalidade, será a mesma expulsa do ordenamento jurídico com força obrigatória geral, eficácia *erga omnes*, e com efeitos retroativos e repristinatórios das normas que ela haja eventualmente revogado.

Deve notar-se que a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral, revela-se crucial em matéria de políticas públicas, pois determina o afastamento de normas que, em sede de execução destas em domínios sensíveis como a saúde, educação, ambiente, etc., infrinjam determinações constitucionais, como as atinentes aos princípios estruturantes, designadamente o da igualdade, da proporcionalidade, o da proteção da família, o da proteção na infância ou na velhice, o da proteção da confiança ou até o da proibição do retrocesso social. Neste contexto, o Tribunal constitucional pode, por exemplo, determinar o afastamento –*ab initio*, com eficácia retroativa desde a respetiva entrada em vigor– das normas de uma lei que restrinjam o acesso a subsídios

[7] Cf. art.os 277.º e ss. da CRP.

[8] V. art.os 278.º e 279.º da CRP.

de parentalidade apenas a cidadãos de determinada nacionalidade ou de uma outra que diminua o valor das pensões de reforma ou aposentadoria.

Outro aspeto a ser aqui evidenciado diz respeito ao objeto e ao parâmetro de constitucionalidade: o Tribunal Constitucional apenas aprecia normas jurídicas vinculativas (prescrições deônticas, dotadas de vinculatividade) –ainda que sob forma provisória, no caso do controlo preventivo– e nunca determinações não jurídicas, como planos, propostas ou projetos legislativos. Ademais, apenas as aprecia sob o estrito ponto de vista da juridicidade, isto é, da sua conformidade com as determinações constitucionais, arredando-se completamente do controlo de oportunidade política ou de mérito, não lhe sendo legítimo pronunciar-se sobre o sentido político das medidas a apreciar[9].

Já o controlo por omissão, encontra o seu campo privilegiado de aplicação no domínio das normas constitucionais impositivas, que são normas *heteroexequíveis*, considerando que carecem de *continuação* por parte do legislador infraconstitucional por meio de lei ou de decreto-lei. Aqui, do que se trata é da verificação de que os poderes públicos, estando obrigados a atuar para dar *vida* a uma imposição constitucional concernente a uma especifica política pública, nada fazem, violando a Constituição, não por terem introduzido normação desconforme, mas por nada terem feito quando a tal estariam vinculados. Pense-se por exemplo, em situações nas quais o Estado se omite, não garantindo o acesso de todos os cidadãos aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação[10]; não programando nem executando uma política de habitação[11]; não promovendo a educação ambiental e o respeito

[9] Seja como for, reconhece-se que em alguns casos a fronteira tem-se revelado difícil de estabelecer, como sucede, por exemplo, com o recente acórdão 785/2025 (disponível em: https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20250785.html), o qual se pronunciou pela inconstitucionalidade de várias normas da uma lei que introduzia alterações ao regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional. Esta decisão poderá ser lida –com ou sem razão, não se cuida aqui de saber, por não ser o local adequado– como uma crítica e, mais do que isso, como um travão aos desígnios de restringir a política de emigração e de evitar uma política de *fronteiras abertas*.

[10] Cf. art.º 64.º, n.º 3, alínea a), da CRP.

[11] Cf. art.º 65.º, n.º 2, alínea a), da CRP.

pelos valores do ambiente[12]; não promovendo a criação de uma rede nacional de creches e de outros equipamentos sociais de apoio à família[13]; ou não apoiando o acesso ao ensino dos cidadãos portadores de deficiência[14]. Trata-se, este, de um controlo que, se levado a efeito, poderia revelar-se muitíssimo importante, designadamente em matérias sociais e relacionadas com a própria dignidade da pessoa humana. Porém, a prática tem demonstrado a sua absoluta inutilidade, considerando que a própria Constituição portuguesa não lhe reconhece efeitos jurídicos autónomos, tornando-o inócuo. Na verdade, o texto da lei fundamental limita-se a referir que quando o TC verificar a existência de uma inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente, prevendo efeitos meramente *informativos*, e mesmo relativamente a estes não existe notícia de terem sido efetivados.

Em qualquer dos casos –controlo por ação ou por omissão–, o papel do Tribunal Constitucional no controlo das políticas legislativas é crucial, mas também limitado, como aliás já se retira do exposto, pois, se neste último se limita a *dar conhecimento* à instância legiferante, no primeiro assume a função exclusiva de censor da constitucionalidade, não podendo apreciar políticas propriamente ditas, menos ainda substituir-se aos decisores políticos, designadamente ao legislador, quanto à oportunidade ou à conveniência das medidas adotadas.

### 3.2.2. Controlo difuso

Como se disse, no ordenamento jurídico português o controlo da constitucionalidade pode ainda ser levado a efeito pelos denominados tribunais comuns, que estão disseminados por todo o território e resolvem os litígios em matéria cível, criminal, administrativa, tributária e outras. Na verdade, tal controlo não se corporiza num simples poder, mas antes num *dever* oficioso de suscitação do incidente de inconstitucionalidade, decorrente do próprio enunciado da CRP[15]. Quer isto dizer que sempre que qualquer tribunal tiver

[12] Cf. art.º 66.º, n.º 2, alínea g), da CRP.

[13] Cf. art.º 67.º, n.º 2, alínea b), da CRP.

[14] Cf. art.º 74.º, n.º 2, alínea g), da CRP.

[15] Cf. art.º 204.º da CRP, nos termos do qual: *[n]os feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados*.

diante de si uma norma que considere inconstitucional, impende sobre o mesmo uma obrigação *ex oficcio* de desaplicar tal norma, não a usando para resolver o concreto litígio que lhe foi suscitado para resolver. Este controlo difuso da constitucionalidade pode *chegar* ao Tribunal constitucional apenas por via recursiva quando o tribunal comum[16]:

i) desaplicar uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;

ii) aplicar uma norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

Por aqui se vê que o controlo das medidas legislativas atinentes a políticas públicas pode ser objeto deste tipo de sindicância quando um cidadão, sentindo-se lesado por determinado ato, recorra ao tribunal, por exemplo, impugnando um ato administrativo de indeferimento de um pedido de prestação social, invocando a inconstitucionalidade da lei na qual o mesmo se baseou. Se o tribunal entender que tem razão, não aplica a norma em causa e anula o indeferimento; na situação oposta, o lesado poderá recorrer para as instâncias superiores, até ao Tribunal Constitucional.

Em qualquer dos casos, a lógica exposta acima mantém-se: o órgão judicativo não pode apreciar diretamente as políticas públicas *em si*, mas apenas o pode fazer de um modo indireto, tendo por referência as respetivas medidas de execução.

### 3.3. Tribunal de Contas

Também de modo indireto pode o TdC apreciar e sindicar políticas públicas.

Importa começar por assinalar que o Tribunal de Contas constitui uma instância de controlo constitucionalmente consagrada[17] que tem como finalidade essencial a fiscalização da legalidade e da regularidade das finanças públicas e apresenta uma natureza *híbrida*, por três motivos:

[16] Cf. art.º 280.º da CRP.

[17] Cf. art.º 214.º da CRP.

i) em primeiro lugar, porque detém competências de natureza muito heterogénea pois, (i) além de resolver litígios e questões jurídicas problemáticas como qualquer tribunal (e.g., efetivação de responsabilidades financeiras, apreciação da conformidade legal de certos atos), (ii) acompanha e audita instituições e obras públicas, formulando pareceres e recomendações (o que já o afasta de um tribunal clássico);

ii) em segundo lugar, porque não se limita a aplicar o Direito estrito (normas jurídicas e respetiva interpretação e integração), mas aprecia igualmente a integridade da atuação pública de acordo com critérios gestionários e financistas, o que o aproxima de uma função de auditoria;

iii) em terceiro lugar, uma parte significativa dos respetivos *magistrados* não tem formação jurídica, mas económica, gestionária ou financeira *stricto sensu*.

Neste sentido, é com alguma dificuldade que se pode afirmar que se está em presença de um *tribunal*, ao menos na aceção convencional do mesmo, e na sua plenitude. Talvez por isso, a própria CRP, apesar de o designar como *tribunal*, não o integra na jurisdição comum nem na jurisdição administrativa e fiscal, reconhecendo-o antes como uma jurisdição especializada prevista autonomamente.

Em termos de competências, e no específico contexto das políticas públicas, assumem particular relevo as seguintes (todas, evidentemente, previstas na lei):

- verificação da legalidade dos atos e dos contratos públicos (por exemplo, contratos de empreitada, aquisição de serviços, empréstimo) antes de os mesmos se concretizarem, apondo-lhes um visto (fiscalização prévia)[18];
- acompanhamento regular da execução orçamental e da aplicação de fundos, mesmo que titulados por entidades privadas (fiscalização concomitante)[19];

[18] V. art.os 44.º e ss. da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC), aqui disponível: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=432&nversao=&tabela=leis&so_miolo=S

[19] V. art.º 49.º da LOPTC.

- julgamento de responsabilidades financeira dos utilizadores de dinheiros públicos que violem normas e causem prejuízos, designadamente titulares de cargos públicos ou gestores, seja ao nível sancionatório (mediante a imposição de multas aos infratores), seja ao nível reintegratório (determinando a reposição de verbas mal utilizadas) (fiscalização sucessiva)[20].

Além disso, o TdC –e por aqui se evidencia que não (ou nem sempre) se trata de um verdadeiro Tribunal–, detém competência para a emissão de pareceres e recomendações ao parlamento e outros órgãos, quando se identifiquem malversações ou ineficiências na execução das políticas.

De qualquer dos modos, e independentemente da qualificação jurídica que lhe pode ser dispensada, a verdade é que o TdC constitui uma instância que exerce um importante controlo da legalidade financeira, sindicando atos, contratos e despesas que implementam diretamente as políticas públicas. Por conseguinte, sendo certo que também não tem competência para fazer um juízo político sobre a bondade ou a oportunidade de uma política pública em si –pelo menos quando investido nas funções tipicamente jurisdicionais–, pode detetar irregularidades ou ilegalidades que invalidam as medidas executadas.

### 3.4. Tribunais administrativos e fiscais

O controlo das medidas administrativas é exercido pelos TAF[21], os quais têm como desígnio fundamental a defesa do interesse público e a tutela judicial efetiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados, podendo anular atos administrativos ilegais, ordenar comportamentos à administração faltosa ou reconhecer situações jurídicas relevantes. Também eles não decidem nem podem decidir que políticas públicas devem ser criadas ou implementadas (nem a respetiva orientação), mas procuram garantir que a execução das mesmas, através de atos administrativos individuais e concretos, se mantém dentro dos limites constitucionais e legais. Neste sentido, atuam como contrapeso contra a arbitrariedade e os abusos de poder.

[20] V. art.os 59.º e ss. da LOPTC.

[21] Cf. art.º 212.º da CRP.

Do ponto de vista processual, a denominada *ação administrativa*[22] pode ter como objetivo tanto a impugnação e anulação de atos administrativos lesivos, como a condenação da administração à prática de atos devidos, o que significa que, em tese, um cidadão lesado por um ato administrativo concretizador de uma política pública e.g., no domínio da saúde ou da educação, poderá obter dos tribunais ampla defesa.

Na prática, porém, as coisas revelam-se um pouco custosas, pois o controlo judicial neste domínio também enfrenta limites, designadamente os limites impostos pela zona de discricionariedade e oportunidade política de que gozam alguns decisores administrativos, principalmente ao mais alto nível. Na prática, e reiterando que já se disse a propósito do TC e do TdC, os TAF podem, em relação a determinado ato administrativo em concreto, apreciar a legalidade do mesmo, o que significa que a sua lente de análise deverá incidir sobre (i) a competência do órgão em causa, (ii) a forma adotada, (iii) o procedimento seguido, e (iv) a compatibilidade do conteúdo com os princípios e as regras jurídicas aplicáveis. Sendo seguro que o seu campo de atuação é extremamente relevante, em especial na concretização de direitos fundamentais sociais (saúde, educação, habitação, prestações sociais), a verdade é que não podem ir mais longe, adentrando nas esferas de escolhas discricionárias e políticas dos decisores, nem substituir-se ao legislador ou à administração na definição das opções de política pública.

Os TAF não podem, por exemplo, ordenar que as entidades de saúde prescrevam e forneçam determinado medicamento; do mesmo modo que não podem alterar um regulamento municipal, fixando eventuais critérios mais adequados na atribuição de habitações sociais; nem ainda substituir as escolhas governamentais em sede de políticas públicas constantes de uma resolução do Conselho de Ministros, priorizando o transporte ferroviário em detrimento do transporte aéreo.

[22] V. art.os 37.º e ss. do Código do Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_estrutura.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=439&nversao=&tabela=leis&so_miolo=.

O controlo que efetuam é, sempre e só, de juridicidade, não lhes sendo legítimo nem possível controlar as políticas públicas no seu mérito ou oportunidade, mas apenas a conformidade jurídica dos concretos atos e regulamentos que as executam.

## 4. Considerações conclusivas

Em termos conclusivos, retira-se do exposto que, no arranjo constitucional português, as políticas públicas não podem ser objeto de controlo judicial direto, sob pena de se comprometerem princípios essenciais do Estado de Direito democrático, como o da separação de poderes ou o da legalidade. O papel dos Tribunais deve centrar-se na fiscalização da juridicidade (constitucionalidade e legalidade) dos atos normativos e administrativos que concretizam essas políticas, e não na apreciação do mérito ou oportunidade das mesmas. O Tribunal Constitucional, o Tribunal de Contas e os Tribunais Administrativos e Fiscais exercem, cada um a seu modo, uma função essencial de garantia: asseguram que a atuação pública permanece vinculada à Constituição e à lei, preservando o equilíbrio institucional e protegendo os direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo, impõe-se reconhecer um limite claro: os Tribunais não podem substituir-se ao legislador na definição das opções políticas, ficando o seu controlo estritamente confinado à dimensão de conformidade jurídica da ação pública.

# PLURALISMO DOS *MEDIA* E AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO AO SERVIÇO DE UMA SUSTENTABILIDADE SOCIAL: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O QUADRO FINANCEIRO E LEGISLATIVO APLICÁVEL NA UNIÃO EUROPEIA

Joana Covelo de Abreu[1]

## 1. Introdução[2]

A comunicação social é percecionada como uma parte essencial da democracia já que:

> *(…) [u]m ambiente mediático livre, diversificado e dinâmico é fundamental para reforçar sociedades abertas e democráticas e fomentar a diversidade cultural na Europa*[3].

---

[1] Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governação da Universidade do Minho. Key-staff member do Centro de Excelência Jean Monnet CitDig - Digital citizenship and technological sustainability: achieving CFREU effectiveness in the digital decade (https://citdig.direito.uminho.pt/en/team/).

[2] Algumas das considerações introdutórias são livremente inspiradas no nosso ensaio sobre democracia e comunicação social. Cfr., neste diapasão: Covelo de Abreu, Joana (2022). A intrínseca relação da democracia com a comunicação social: a concretização de um interesse público renovado numa União Europeia digital. Em: Ribeiro, João Sérgio; Covelo de Abreu, Joana; Abreu Amorim, Carlos (coords.). *Democracia e comunicação social. Um debate introdutório para a era digital*. Braga: Escola de Direito - UMinho Editora, pp.67-72. https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.

[3] Cfr. Comissão Europeia (2020). *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*. Os meios de comunicação social da Europa na

A liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social são vitais a um ordenamento jurídico que se reputa submetido ao direito, democrático e que promove os direitos fundamentais. Como o Conselho da União Europeia sublinhou, não há verdadeira democracia sem meios de comunicação social livres que fomentem o escrutínio de quem está no poder[4], i.e., de quem exerce poder público. Podemos, portanto, depreender que os meios de comunicação social desempenham uma função primordial para o equilíbrio de poderes que está na base de qualquer regime democrático e submetido ao direito.

Não foi, portanto, vã a publicação coincidente, na União Europeia, de duas comunicações da Comissão Europeia, no dia 3 de dezembro de 2020: por um lado, o Plano de Ação para a comunicação social na década digital[5]; por outro, o Plano de Ação para a democracia europeia[6].

A identidade da União Europeia e dos seus povos constrói-se a partir de um sentimento de vivência democrática partilhado pelos ordenamentos jurídicos dos seus Estados-Membros –enquanto tradição constitucional comum– e com o ordenamento jurídico da União. Posto isto, a democracia é, ao lado do estado de direito e da promoção e da proteção dos direitos fundamentais, uma das fundações da União, permitindo aos seus cidadãos, direta e indiretamente, definir e influenciar as suas políticas públicas e exigir garantias e mecanismos de equilíbrio de poderes na hora da sua consecução.

Ao assumir este desígnio de envolvimento dos particulares no processo decisório público, assim como no seu escrutínio e na sua construção, também

---

Década Digital: plano de ação para apoiar a recuperação e a transformação. Bruxelas, 3.12.2020, COM(2020) 784 final, p.2.

[4] Cfr. Conselho da União Europeia (2023). *Liberdade dos meios de comunicação social na UE.* Disponível em: https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/media-freedom-eu/ [acesso: 4.8.2025].

[5] Cfr. Comissão Europeia (2020). *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões.* Os meios de comunicação social da Europa na Década Digital: plano de ação para apoiar a recuperação e a transformação. Bruxelas, 3.12.2020, COM(2020) 784 final.

[6] Cfr. Comissão Europeia (2020). *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*. Sobre o plano de ação para a democracia europeia. Bruxelas, 3.12.2020, COM(2020) 790 final.

determina que esta participação (em sentido amplo, mais lata do que aquela que resulta de mecanismos de democracia participativa) seja informada e permeada por um amplo debate de ideias, capaz de veicular diferentes pontos de vista igualmente consubstanciados. Para que a participação democrática:

> *(…) seja significativa, os cidadãos devem também poder formar as suas próprias opiniões - devem poder fazer escolhas eleitorais num espaço público onde seja possível expressar livremente uma pluralidade de pontos de vista e onde os meios de comunicação social, a comunidade académica e a sociedade civil sejam livres e possam contribuir para estimular um debate aberto, sem interferência maliciosa de entidades nacionais ou estrangeiras*[7].

Foi neste contexto que três setores foram identificados como tendo a capacidade de promover esse exercício informado da e para a democracia: 1) a comunicação social; 2) a academia; e 3) a sociedade civil. Os seus contributos, ainda que diferentes, são confluentes e complementares, surgindo como essenciais à construção proativa da democracia já que esta não pode ser dada como certa, antes clamando pela sua promoção ativa, i.e., *é necessário defendê-la e promovê-la ativamente*[8].

Há inúmeros desafios que se colocam a um ordenamento jurídico democraticamente orientado, submetido ao direito e que promove os direitos fundamentais: o aumento dos extremismos ideológicos conduz a uma exacerbada polarização da sociedade e ao tendencial distanciamento entre os cidadãos e os seus representantes eleitos. Em simultâneo, verificam-se novas afetações intrínsecas (e específicas) ao setor da comunicação social como é o caso da deterioração do ambiente em que os jornalistas operam, ora pela propagação do fenómeno da desinformação (seja através de notícias falsas, seja pela proliferação de informação incorreta ou inexata), ora pela utilização de meios jurídicos e jurisdicionais vocacionados a descredibilizar o seu trabalho.

[7] Cfr. Comissão Europeia (2020). Plano de Ação para a democracia europeia, p.2.

[8] *Ibidem*, p.2.

Perante isto, a Comissão Europeia avançava a necessidade de adotar medidas específicas destinadas a apoiar meios de comunicação social livres e independentes e a combater a desinformação. Atendendo a estes objetivos, a União tem atuado continuamente, não só através de dotação financeira específica, como também através de interações políticas e sociais. No entanto, o seu papel aparece destacado a partir da produção legislativa que, desde então, se verificou e cuja reflexão e análise deve ser conduzida, visando apoiar a manutenção de meios de comunicação social livres e independentes e um ambiente onde a liberdade de expressão e a liberdade de informação são sublinhadas ao lado de uma efetiva liberdade editorial.

## 2. Pluralismo mediático e a afirmação da liberdade de expressão e da liberdade de informação

Como bem afirmou a Comissão Europeia, ao tatear os passos a dar para suplantar a crise em que a pandemia associada à COVID-19 tinha mergulhado o mundo e a União Europeia:

> *(…) [a] democracia só pode prosperar num clima em que tanto a liberdade de informação como a liberdade de expressão sejam respeitadas, em consonância com a Carta dos Direitos Fundamentais, e em que todos possam expressar os seus pontos de vista, independentemente da postura crítica que assumam em relação ao governo e àqueles que estão no poder*[9].

Na realidade, as liberdades de expressão e de informação têm consagração expressa no artigo 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), tendo o legislador europeu optado por uma redação *ampla e inclusiva, englobando a liberdade de informação e a liberdade dos media (tradicionalmente referida como liberdade de imprensa)*[10].

[9] *Ibidem*, p. 2.

[10] Cfr. Ferraz, Maria Ana; Guerra, Filipe (2013). Comentário ao Artigo 11.º da CDFUE. Em: Silveira, Alessandra; Canotilho, Mariana (coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada.* Coimbra: Editorial Almedina, pp.156-169.

Afinal, apesar da epígrafe do artigo mencionar a liberdade de expressão e a liberdade de informação, o seu n.º 1 esclarece, na segunda parte, que a liberdade de expressão compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de fornecer informações ou ideias. No entanto, a opção de referir expressamente a liberdade de informação parece fazer sentido –sobretudo no contexto atual, em que os desafios democráticos são mais prementes– na medida em que aquela apresenta uma:

> *(…) ligação mais estreita (…) com o princípio democrático e com a ideia de formação da opinião pública e, ainda, por aí prevalecer um elemento cognoscitivo*[11].

Por seu turno, o legislador da União sentiu a necessidade de autonomizar a liberdade dos *media* no n.º 2 deste artigo 11.º: enquanto *vertente da liberdade de expressão* assume um *impacto nas populações (…) muito mais massificado e modelador de opinião*, o que justificou a sua *tutela mais específica*[12]. Como pudemos compreender anteriormente:

> *(…) [a] existência de meios de comunicação social livres e pluralistas é especialmente importante no espectro político, na medida em que se realiza e reforça o princípio da democracia sobre o qual a União assenta.*

Reconhecendo o papel dos *media* como *meio de veiculação de informações e ideias políticas*, desempenhando uma função essencial à promoção do *pluralismo democrático*[13].

Posto isto, o sentido amplo decorrente deste artigo demanda a existência de um ambiente em que se possa efetivar *um verdadeiro exercício de crítica*, de um ambiente mediático, plural e tolerante que define a sociedade democrática que se visa estimular. Para atingir este ambiente, a União Europeia apostou em vários instrumentos, a que topicamente daremos atenção, visando compreender se estes funcionam, efetivamente, em prol da afirmação da liberdade de

[11] *Ibidem*, p.157.

[12] *Ibidem*, p.156.

[13] *Ibidem*, pp.159-160.

expressão e da liberdade de informação, estimulando um espaço europeu democrático, submetido ao direito e que promove e protege os direitos fundamentais.

### 2.1. Vias de apoio financeiro ao pluralismo dos *media* e de estímulo à liberdade de expressão e à liberdade de informação

A União Europeia estabeleceu vias de financiamento vocacionadas às empresas que atuam no setor da comunicação social: o Regulamento 2021/818 criou o Programa Europa Criativa (2021-2027)[14], onde se reconhece que:

> *(…) [a] cultura, as artes, o património cultural e a diversidade cultural revestem-se de grande importância para a sociedade europeia de um ponto de vista cultural, educativo, democrático, ambiental, social, económico e dos direitos humanos e deverão ser promovidos e apoiados* (considerando 1).

Como as empresas que operam no contexto da comunicação social se reputam como *ativos críticos para a competitividade da Europa*, a Comissão Europeia reconheceu a necessidade de lhes conceder *apoio financeiro adequado*[15]: assim, o Programa Europa Criativa, através da uma vertente MEDIA [artigo 3.º, n.º 3, b) do Regulamento Europa Criativa], dedicada ao setor audiovisual (onde se incluem cinema, televisão, plataformas digitais, videojogos e conteúdo imersivo), apoia quatro pólos temáticos –i) conteúdo; ii) negócio; iii) público; e iv) políticas– que prosseguem as seguintes prioridades, nos termos do disposto no artigo 6.º, n.º 1 do Regulamento Europa Criativa:

- por um lado, fomentar o desenvolvimento de talentos, aptidões e competências e incentivar a cooperação transfronteiriça, a mobilidade e a inovação na criação e na produção de obras audiovisuais europeias, encorajando desse modo a colaboração entre Estados-Membros com diferentes capacidades audiovisuais;

[14] Cfr. Regulamento (UE) 2021/818, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2021, que cria o Programa Europa Criativa (2021-2027) e revoga o Regulamento (UE) n.º 1295/2013.

[15] Cfr. Comissão Europeia (2020). Plano de Ação para a comunicação social na década digital, p.7.

- melhorar a circulação, a promoção e a distribuição em linha e a distribuição nas salas de cinema de obras audiovisuais europeias, na União e a nível internacional, no novo ambiente digital, incluindo através de modelos de negócio inovadores;

- por outro, promover as obras audiovisuais europeias, incluindo o património audiovisual, e apoiar a participação e a captação de novos públicos de todas as idades, em particular públicos jovens, dentro e fora da Europa.

No entanto, o reforço da capacidade do setor audiovisual também é assegurado pela vertente TRANSECTORIAL, designadamente *incentivando um ambiente mediático livre, diversificado e pluralista, o jornalismo de qualidade e a literacia mediática, inclusive no contexto digital* [artigo 7.º, n.º 1, c) do Regulamento Europa Criativa). Deste modo, atendendo às *Ações transversais de apoio ao setor dos média informativos* da secção 3 do anexo I do Regulamento, há ainda lugar a financiamento estratégico vocacionado a:

i) responder a:

> *(…) mudanças estruturais e tecnológicas que o setor dos meios de comunicação social enfrenta, através da promoção de um ambiente mediático independente e pluralista, apoiando, nomeadamente, uma supervisão independente para avaliar os riscos e os desafios para o pluralismo e a liberdade dos média, e do apoio a atividades de sensibilização;*

ii) apoiar:

> *(…) padrões de elevada qualidade de produção de conteúdos, através da promoção da cooperação, das competências digitais, do jornalismo colaborativo transfronteiriço e dos conteúdos de qualidade, contribuindo desse modo para a ética profissional do jornalismo;*

iii) promover a:

> *(…) literacia mediática a fim de capacitar os cidadãos na utilização dos média e no desenvolvimento de uma visão crítica, e apoio à*

*partilha de conhecimentos e ao intercâmbio de práticas e políticas de literacia mediática*;

iv) e, integrar:

*(…) medidas específicas destinadas a contribuir para uma participação mais equilibrada de homens e mulheres no setor dos média informativos.*

Estas soluções de financiamento e políticas públicas encontram-se alinhadas com a Diretiva *Serviços de Comunicação Social Audiovisual*[16], designadamente em matéria de reforçar a promoção de conteúdos europeus enquanto desenvolve o regime jurídico relativo à partilha de determinados conteúdos em serviços de comunicação social, exprimindo também opções muito concretas em matéria de plataformas de *video on-demand*.

Neste contexto de articulação com a Diretiva *Serviços de Comunicação Social Audiovisual*, cabe ainda sublinhar que o Programa Europa Criativa, reconhecendo que *[a] liberdade de expressão (...) [está] no cerne dos setores culturais e criativos vibrantes* e que *[e]m particular, o setor dos média informativos precisa de um ambiente mediático livre, diversificado e pluralista*, tem de contribuir para a sua sedimentação, *incentivando a realização de intercâmbios e atividades transversais que apoiem o setor dos média informativos*, prestando ainda *apoio aos profissionais dos novos média e [reforçando] o desenvolvimento do espírito crítico entre os cidadãos, através da promoção da literacia mediática* (considerando 22).

Nos termos do artigo 8.º, n.º 1 do Regulamento Europa Criativa, o enquadramento financeiro para a execução do programa, entre 1 de janeiro de 2021 e 31 de dezembro de 2027, é de 1.842.000.000,00 de euros, podendo ainda operar-se um ajustamento nos termos do seu n.º 2. A vertente MEDIA é

[16] Cfr. Diretiva 2010/13/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual, com a redação que lhe foi dada pela Diretiva (UE) 2018/1808, do Parlamento Europeu e do Conselho (Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual).

contemplada com, pelo menos, 58% do montante fixado no n.º 1 enquanto a vertente TRANSECTORIAL conta com 9% do montante (artigo 8.º, n.º 3).

Mas o ano de 2024 foi também marcado pela adoção de atos jurídicos vinculativos no seio da União Europeia:

- a 11 de abril de 2024, o Regulamento europeu relativo à liberdade dos meios de comunicação social - Regulamento 2024/1083[17];

- no mesmo dia, a Diretiva relativa à proteção das pessoas envolvidas na participação pública contra pedidos manifestamente infundados ou processos judiciais abusivos (ações judiciais estratégicas contra a participação pública - SLAPP) - Diretiva 2024/1069[18] (por comodidade, Diretiva SLAPP).

## 2.2. O Regulamento europeu relativo à liberdade dos meios de comunicação social

Atendendo ao papel essencial dos meios de comunicação social para o bom funcionamento do mercado interno enquanto atuam como uma plataforma que tem a capacidade de proporcionar *aos cidadãos e às empresas o acesso a uma pluralidade de pontos de vista e a fontes de informação fiáveis*, têm o desígnio de atuar como um *vigilante público* fundamental ao processo de formação da opinião pública (considerando 1).

Os Estados-Membros foram adotando diferentes regras e abordagens ao mercado dos meios de comunicação social, o que gerou uma fragmentação regulatória, afetando a autonomia do setor da comunicação social e impedindo a livre circulação dos serviços que lhe estão associados. Assim, sentiu-se a necessidade de adotar um quadro regulatório uniforme na sua aplicação que combatesse essas desconformidades.

[17] Cfr. Regulamento (UE) 2024/1083, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de abril de 2024, que cria um regime comum para os serviços de comunicação social no mercado interno e que altera a Diretiva 2010/13/UE (Regulamento Europeu relativo à Liberdade dos Meios de Comunicação Social).

[18] Cfr. Diretiva (UE) 2024/1069, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de abril de 2024, relativa à proteção das pessoas envolvidas na participação pública contra pedidos manifestamente infundados ou processos judiciais abusivos («ações judiciais estratégicas contra a participação pública»).

Na realidade, circunstâncias como i) diferentes perspetivas sobre o que é o pluralismo dos meios de comunicação social e a sua independência editorial, ii) insuficiente cooperação entre as autoridades reguladoras nacionais da área da comunicação social e iii) uma falta de transparência e de equidade quanto à afetação de recursos financeiros públicos e privados para o setor dificultam o funcionamento e a expansão além-fronteiras destes serviços e minam as condições de concorrência.

Posto isto, o Regulamento visa assegurar duas dimensões essenciais ao pluralismo dos *media*, na senda de um processo de afirmação construtiva do disposto no artigo 11.º da CDFUE: por um lado, a liberdade de expressão e de informação que, neste contexto, tanto protege quem intervém nos *media* ativamente (artigos 4.º e 5.º do Regulamento), quer os beneficiários dos seus serviços, ou seja, numa perspetiva passiva (artigo 3.º do Regulamento); por outro lado, a liberdade editorial.

Para efeitos do Regulamento, os serviços de comunicação social subsumem-se à noção de *serviços*, tal como esta se encontra consagrada nos artigo 56.º e 57.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), no que diz respeito ao exercício da liberdade de prestação de serviços, tendo como principal finalidade:

> *(…) a oferta ao público em geral de programas ou publicações de imprensa, sob a responsabilidade editorial de um prestador de serviços de comunicação social, por qualquer meio, destinados a informar, distrair ou educar* – artigo 2.º, n.º 1.

Posto isto, o Regulamento salvaguarda uma dimensão passiva das liberdades de expressão e de informação, reconhecendo que cabe aos Estados-Membros respeitar *o direito dos destinatários de serviços de comunicação social de ter acesso a uma pluralidade de conteúdos mediáticos editorialmente independentes* e de assegurar a existência de condições *para salvaguardar esse direito, em prol de um discurso livre e democrático* (artigo 3.º do Regulamento). Como a literalidade do artigo faz depender o exercício do direito de *acesso a uma pluralidade de conteúdos mediáticos editorialmente independentes* da promoção *de um discurso livre e democrático*, esta dimensão passiva assenta

na necessidade de proteção da autonomia individual dos sujeitos (destinatários) e na concretização do livre desenvolvimento da personalidade:

> *(…) na medida em que a nossa capacidade de comunicação com os outros é um dos aspetos mais essenciais da nossa própria humanidade, mas também (…) um valor objetivo da ordem jurídica da União Europeia e do princípio democrático em que esta se funda*[19].

Esta construção visa assegurar que o:

> *(…) direito de voto e [a] atuação nos fóruns públicos deverão ser exercidos de forma esclarecida e consciente, de modo a que as pessoas possam ter acesso à opiniões e ideias mais diversificadas, que lhes permitam formar as suas próprias convicções e, inversamente, influenciar, com as suas opiniões e ideias, os seus concidadãos*[20].

Do mesmo modo, o Regulamento apresenta um regime extenso de salvaguarda do exercício ativo da liberdade de expressão e da liberdade de informação, tal como resulta dos artigos 4.º e 5.º. O artigo 4.º, n.º 1 do Regulamento plasma o direito dos prestadores de serviços de comunicação social de *exercer as suas atividades económicas no mercado interno sem outras restrições* que as vigentes nos termos do direito da União. Já o artigo 5.º do Regulamento reconhece um conjunto amplo de garantias instrumentais à afirmação da independência dos prestadores de serviço público de comunicação social, designadamente a sua independência editorial, funcional e orgânica.

Posto isto, a ordem jurídica europeia reconheceu que os poderes públicos, designadamente aqueles aos quais é atribuída tutela regulatória, têm:

> *(…) além de uma obrigação negativa de não ingerência, o dever de atuar positivamente, criando um regime legislativo e administrativo adequado para garantir um pluralismo efetivo dos* media (considerando 15).

---

[19] Cfr. Ferraz, Maria Ana; Guerra, Filipe (2013), p.162.

[20] *Ibidem*, p.162.

Neste contexto, a articulação deste Regulamento com as exigências decorrentes da Diretiva *Serviços de Comunicação Social Audiovisual* relativas à proibição de conteúdos lesivos ou ilegais, tem de se operacionalizar, o que pode levantar algumas dúvidas de concretização. Na realidade, em ambos os atos jurídicos vigora uma convicção de parca intervenção regulatória na atividade associada à comunicação social que, aliás, se alinha com a necessidade de reforçar o *funcionamento independente das entidades reguladoras dos meios de comunicação social*, como é avançado no Relatório de 2024 sobre o Estado de Direito[21]. Da leitura combinada dos dois atos jurídicos resulta um:

> *(…) conjunto de requisitos para as entidades reguladoras (…): independência de governo, imparcialidade, transparência, responsabilização, recursos adequados, nomeação e demissão e mecanismos de recurso*[22].

Afinal, reconhece-se que as entidades reguladoras nacionais na área da comunicação social:

> *(…) desempenham um papel essencial na defesa do pluralismo dos meios de comunicação social, quando são funcional e efetivamente independentes e exercem os seus poderes de forma imparcial e transparente, dispondo de recursos suficientes*[23].

Assim, se em alguns Estados-Membros se verificaram alterações consonantes com tais exigências –como foi o caso de Espanha e Suécia–, outros Estados-Membros ainda mantêm quadros regulatórios que fazem subsistir:

> *(…) preocupações quanto à independência ou imparcialidade das entidades reguladoras (…), incluindo salvaguardas insuficientes contra influências políticas indevidas sobre o processo de nomeação ou sobre o funcionamento.*

---

[21] Cfr. Comissão Europeia (2024). *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões* . Relatório de 2024 sobre o Estado de Direito. Bruxelas, 24.7.2024, COM(2024) 800 final, p.29.

[22] *Ibidem*, p.30.

[23] *Ibidem*, p.29.

Como a Hungria, a Eslovénia, a Croácia, a Bulgária e a Polónia.

No entanto, e atendendo ao efeito nefasto que conteúdos lesivos ou ilegais podem ter na formação da opinião pública e, em última instância, na promoção de uma sociedade democraticamente orientada e submetida ao direito, cabe ao legislador europeu e nacional, em cada Estado-Membro, encontrar soluções proporcionadas, capazes de continuar a privilegiar a não ingerência exacerbada mas capaz de ser suficientemente eficaz para erradicar estes conteúdos da produção mediática.

Quanto à liberdade editorial, esta tem manifestações expressas quer na perspetiva passiva, quer na perspetiva ativa anteriormente abordadas: sendo reputada como uma condição prévia ao exercício da atividade da comunidade de profissionais da comunicação social, especialmente quanto à sua integridade profissional, o Regulamento sublinha a necessidade de se criarem as condições seguras para que o seu trabalho seja realizado. No entanto, o Regulamento reconhece também um direito dos destinatários de acederem a *conteúdos mediáticos editorialmente independentes* na medida em que a liberdade editorial tem impacto na qualidade das informações que são difundidas, podendo afetar as perceções que se criam no espaço público.

No entanto, a independência editorial assume particular relevo face aos prestadores de serviços de comunicação social: nos termos do artigo 4.º, n.º 2 do Regulamento, tal independência tem de se repercutir efetivamente *no exercício das suas atividades profissionais*, não cabendo aos Estados-Membros (incluindo as suas autoridades e entidades reguladoras) interferir nas políticas e decisões editoriais nem influenciar essas políticas e decisões. Esta independência editorial tem ainda uma dimensão orgânico-funcional associada ao funcionamento dos prestadores de serviço público de comunicação social: os Estados-Membros têm de assegurar procedimentos de nomeação e exoneração dos gestores e dos membros dos conselhos de administração adequados a garantir a independência editorial, impondo, à luz do artigo 5.º, n.º 2 do Regulamento, que esses procedimentos sejam *transparentes, abertos, eficazes e não discriminatórios*, assentes em critérios *transparentes, objetivos, não discriminatórios e proporcionados*, cabendo-lhes ainda assegurar uma duração dos mandatos adequada a tais finalidades.

Estas medidas assumem particular premência pois se detetaram vários Estados-Membros onde a ingerência editorial tem vindo a crescer, com manifestações direta ou indiretas por parte do Estado ou de outros intervenientes, para obter vantagens políticas, o que afeta negativamente a livre formação da opinião pública. Neste particular, considerando que as fontes jornalísticas são a *matéria-prima* dos conteúdos mediáticos, é imperioso proteger a capacidade dos jornalistas para recolher, verificar e analisar informações (sobretudo quando comunicadas de forma confidencial).

Como existe um quadro disperso em matéria de proteção jurisdicional das fontes jornalísticas –com alguns Estados-Membros a assegurar essa proteção de forma absoluta, enquanto outros admitem restrições–, o Regulamento cria normas mínimas de proteção das fontes, em contexto jurisdicional: o Regulamento expressamente determina que os Estados-Membros não podem usar mecanismos de *software* de vigilância intrusivos contra jornalistas e pessoas que com eles podem manter relações de proximidade, criando a suscetibilidade de se tornar conhecida alguma informação que está protegida pela confidencialidade das fontes, de forma a evitar que se revelem as respetivas fontes (artigo 3.º, n.º 3 do Regulamento).

### 2.3. A Diretiva relativa à proteção das pessoas envolvidas na participação pública contra pedidos manifestamente infundados ou processos judiciais abusivos (Diretiva *SLAPP*)

A União Europeia detetou que há pressões extrínsecas que têm vindo a prejudicar o ambiente em que o jornalismo –especialmente o de informação– se desenvolve.

Desde 2020 que, no âmbito dos Relatórios do Estado de direito, se detalham ameaças e ataques (físicos e em linha) a jornalistas, aliados a campanhas de difamação, de intimidação generalizada, o que gera um *efeito inibidor* que pode conduzir a comportamentos de autocensura, reduzindo a possibilidade de debater publicamente questões relevantes.

Como o Relatório de 2024 sobre o Estado de Direito sublinha, *[o]s jornalistas continuam a enfrentar ameaças físicas e legais, com campanhas de difamação em linha e censura que comprometem a sua segurança*, a que acrescem as

ações judiciais estratégicas contra a participação pública. Afinal, *[a] difamação é uma das justificações mais comuns para intentar ações judiciais estratégicas contra a participação pública dirigidas contra jornalistas*, configurando um assédio que visa *silenciar os jornalistas e criar um efeito dissuasor sobre a liberdade dos meios de comunicação social e a liberdade de expressão*[24].

O lançamento, em 2021, e a sua manutenção, em edições subsequentes, do Fórum Europeu de Meios de Comunicação Social de Notícias[25] assim como de financiamento estruturado visando projetos centrados na assistência jurídica e prática de jornalistas, incluindo formação em matéria de segurança e cibersegurança, não se revelaram como sendo medidas suficientes, ainda que complementares às de natureza legislativa entretanto adotadas.

Afinal, começou a verificar-se um fenómeno de utilização abusiva de ações judiciais estrategicamente vocacionadas a limitar a participação pública (*SLAPP*[26] – ações judiciais estratégicas contra a participação pública). Estas atuavam como uma forma específica de assediar jornalistas e outros agentes vocacionados à prossecução do interesse geral de promover e esclarecer a participação pública.

Na realidade, apesar da constante absolvição dos réus, a ação judicial tinha sempre a veleidade de afetar a dignidade e a credibilidade profissional dos envolvidos, criando mossa reputacional na opinião pública. Como as *SLAPP* têm, muitas vezes, lastro transfronteiriço, é relevante a adoção da Diretiva, ainda que o seu âmbito de aplicação seja limitado a questões cíveis e comerciais, já existindo também situações em que a jurisdição administrativa foi acionada.

A Diretiva *SLAPP* parte da premissa de que *[o]s jornalistas desempenham um papel importante na facilitação do debate público e na transmissão e receção de informações, opiniões e ideias*, devendo *poder exercer eficazmente e sem medo*

[24] Cfr. Comissão Europeia (2024), p.33.

[25] Cfr., para maiores informações, Comissão Europeia (2023). *Fórum Europeu dos Meios de Comunicação Social sobre a segurança dos jornalistas.* Event, 27.10.2023. Disponível em: https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/events/european-news-media-forum-safety-journalists-0 [acesso: 13.8.2025].

[26] Sigla baseada na nomenclatura, em língua inglesa, deste tipo de ações judiciais: *strategic lawsuit against public participation.*

*as suas atividades* já que atuam como um elemento humano tendente a garantir *que os cidadãos tenham acesso a uma pluralidade de pontos de vista nas democracias europeias*. Afinal, *[o] jornalismo independente, profissional e responsável, bem como o acesso à informação pluralista, constituem dois dos principais pilares da democracia* (considerando 8).

Ainda assim, a Diretiva *SLAPP* não fornece uma definição de *jornalista* já que o seu âmbito de aplicação é mais amplo, visando *proteger toda a pessoa singular ou coletiva em razão do seu envolvimento na participação pública* (considerando 9). Isto justifica-se pois:

> *(…) [u]ma democracia saudável e próspera implica que as pessoas possam participar ativamente no debate público, sem ingerência indevida das autoridades públicas ou de outros intervenientes poderosos, sejam eles nacionais ou estrangeiros* (considerando 13).

A Diretiva incide sobre *processos judiciais abusivos contra a participação pública*, ou seja, aqueles que não sejam intentados para fazer valer ou exercer efetivamente um direito mas vocacionados a impedir, restringir ou penalizar a participação pública, explorando um desequilíbrio entre as partes e que visem pedidos infundados:

> *(…) [e]stes processos não são instaurados para efeitos de acesso à justiça, mas para silenciar o debate público e impedir a investigação e denúncia de violações do direito da União e nacional, recorrendo normalmente ao assédio e à intimidação* (considerando 14).

O âmbito de aplicação da presente Diretiva *SLAPP* é, no entanto, limitado já que se aplica apenas às matérias de natureza civil ou comercial com incidência transfronteiriça em ações cíveis, incluindo procedimentos para medidas provisórias e cautelares e pedidos reconvencionais (nos termos do disposto no artigo 2.º da Diretiva). Sublinha-se esta crítica já que, como é expressamente reconhecido no considerando 17:

> *(…) as práticas destinadas a impedir, restringir ou penalizar a participação pública possam também envolver processos*

*administrativos ou penais ou uma combinação de diferentes tipos de processos.*

Porém, a Diretiva permite, aos Estados-Membros, a introdução e/ou a manutenção de soluções mais favoráveis, podendo:

> *(…) introduzir ou manter disposições mais favoráveis para proteger as pessoas envolvidas na participação pública contra processos judiciais abusivos (…) ou pedidos manifestamente infundados (…), incluindo disposições nacionais que estabeleçam garantias processuais mais eficazes relativas ao direito à liberdade de expressão e de informação* – artigo 3.º, n.º 1 da Diretiva.

Assim, a aplicação da Diretiva não pode motivar *uma diminuição do nível de garantias já concedido pelos Estados-Membros* – artigo 3.º, n.º 2.

Há três grandes garantias processuais que, por força da Diretiva *SLAPP*, os Estados-Membros têm de garantir ao visado pela ação judicial: i) a possibilidade ser exigida, ao autor da ação abusiva, a prestação de uma caução; ii) a suscetibilidade de ver decidido o indeferimento liminar de pedidos manifestamente infundados; e iii) a possibilidade de ver aplicadas medidas corretivas aos autores de processos abusivos contra a participação pública (artigo 6.º da Diretiva).

As garantias associadas à prestação de caução e de indeferimento limitar têm de tramitar com celeridade, em conformidade com o direito nacional (observando os princípios-teste da equivalência e da efetividade, que têm de ser acionados por conta do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros[27]), tendo em conta as circunstâncias do processo, visando promover uma tutela jurisdicional efetiva (artigo 7.º, n.º 1 da Diretiva) enquanto a aplicação de medidas

[27] Cfr., para maior aprofundamento e compreensão do princípio da autonomia processual dos Estados-Membros: Covelo de Abreu, Joana (2017). Princípio da autonomia processual dos Estados-Membros. Em: Brandão, Ana Paula; Pereira Coutinho, Francisco; Camisão, Isabel; Covelo de Abreu, Joana (coords.). *Enciclopédia da União Europeia*. Portugal: Petrony Editora, pp.302-304. E também Covelo de Abreu, Joana (2019). *Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no Contencioso da União Europeia*. Coimbra: Editorial Almedina, pp.37-44.

corretivas, embora também deva ser tratada com celeridade, tal apenas ocorrerá *sempre que possível* (artigo 7.º, n.º 2 da Diretiva).

O artigo 10.º da Diretiva prevê que o tribunal pode exigir que o autor da ação abusiva preste uma caução para as custas estimadas, podendo ainda incluir despesas de representação legal incorridas pelo demandado/réu. Sempre que o direito nacional o preveja, a caução pode ainda incluir um montante com caráter indemnizatório.

Por seu lado, os artigos 11.º a 13.º da Diretiva *SLAPP* abrem a possibilidade de a ação vocacionada a limitar a participação pública poder ser liminarmente indeferida. Para que tal possa acontecer, o artigo 11.º exige que se verifique que o pedido é *manifestamente infundado*, devendo o indeferimento ocorrer *na fase mais precoce possível do processo*. O artigo 12.º atribui o ónus da prova ao autor da ação na medida em que lhe caberá demonstrar que *o pedido é fundamentado*.

Por último, os artigos 14.º e seguintes contemplam as medidas corretivas passíveis de aplicação quando o autor recorre a um processo judicial abusivo: o artigo 14.º prevê a possibilidade de os Estados-Membros garantirem que o autor é obrigado a suportar todos os tipos de custas do processo, incluindo as despesas de representação legal suportadas pelo demandado, salvo se estas se demonstrarem excessivas. O artigo 15.º abre a porta a que o tribunal chamado a decidir este tipo de ações abusivas possa, à luz do direito nacional, impor sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas ou outras medidas adequadas igualmente eficazes.

Nos termos do artigo 22.º, a transposição das disposições da Diretiva deve operar-se até ao dia 7 de maio de 2026, cabendo aos Estados-Membros, até 2030 fornecer, à Comissão Europeia, dados que mostrem a forma como as pessoas visadas por processos judiciais contra a participação pública utilizaram as garantias previstas na Diretiva *SLAPP*. Por sua vez, a Comissão Europeia tem de apresentar, até 7 de maio de 2031 (e, posteriormente, de cinco em cinco anos), ao Parlamento Europeu e ao Conselho, um relatório sobre a aplicação da diretiva, avaliando os:

> *(…) desenvolvimentos relativos aos processos judiciais abusivos contra a participação pública e [o] impacto da (…) diretiva nos*

> *Estados-Membros, tendo simultaneamente em conta o contexto nacional de cada Estado-Membro.*

Podendo o relatório ser acompanhado de propostas de alteração da Diretiva, sendo o relatório tornado público (artigo 21.º da Diretiva).

Daqui resulta que os Estados-Membros têm uma margem de transposição tardia reduzida, sob pena de rapidamente incorrerem num incumprimento sucessivo: primeiro pela ausência de transposição da Diretiva; depois por incumprimento da obrigação de comunicar, à Comissão, os dados disponíveis sobre a efetividade das medidas contempladas na Diretiva.

## 3. Conclusões - a salvaguarda do pluralismo dos *media* e das liberdades de expressão e de informação ao serviço da democracia sob o prisma da sustentabilidade

É comummente aceite que os valores da democracia e do estado de direito parecem desafiados como nunca se antecipou, detetando-se dificuldades em adaptar-se a problemas intemporais e recorrentes, designadamente perante a necessidade de construir uma opinião pública esclarecida, conduzindo à formação de uma vontade democrática plural.

A este propósito, Gomes Canotilho já problematizava em que medida é que a democracia pode ser:

> *(…) insustentável porque os interesses das futuras gerações projetadas na atualidade não têm qualquer representante direto no processo de formação da vontade democrática*[28].

Posto isto, e perante este dilema, o autor avançava que a sustentabilidade democrática *exige transversalidade*, clamando por um *conceito integrativo de*

[28] Gomes Canotilho, José Joaquim (2012). Sustentabilidade - um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVIII, tomo I, pp.1-11.

*sustentabilidade*[29] que impõe que os problemas sejam abordados de forma transversal e articulada.

As soluções políticas, financeiras e legislativas que brevemente mencionei visam esse tratamento complementar, reflexivo e confluente, acarretando uma abordagem transversal aos problemas que atingem os serviços de comunicação social e a forma como estes devem contribuir para a manutenção de uma sociedade democrática, submetida ao direito e que promove e protege direitos fundamentais.

Peter Häberle considerou a sustentabilidade como um *elemento estrutural típico*[30] que deve descrever uma sociedade politicamente organizada. Inspirado por tal construção, Gomes Canotilho glosou que:

> *(…) a sustentabilidade deve considerar-se como uma dimensão autocompreensiva de uma Constituição que leve a sério a salvaguarda da comunidade política em que se insere*[31].

Enquanto conceito agregador, depende de *dimensões operacionalizadoras, capazes de abrirem caminho a tarefas metódicas de optimização e de concretização*, de forma a afirmarmos o conceito no domínio jurídico[32]. Posto isto, no âmbito jurídico-constitucional, o princípio da sustentabilidade em sentido amplo começou por encerrar três dimensões básicas, a saber, i) a sustentabilidade ambiental; ii) a sustentabilidade económica; e iii) a sustentabilidade social, a que acresceu, com a revolução tecnológica e digital, outra nova dimensão: iv) a da sustentabilidade tecnológica[33].

---

[29] *Ibidem*, pp.9-10.

[30] Cfr. Häberle, Peter (2008). Nachhaltigkeit und Gemeineuropäisches Verfassungrecht. Em: Kahl, Wolgang (org.). *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*. Alemanha: Tübingen, p.8 (tradução livre).

[31] Gomes Canotilho, José Joaquim (2012), p.4.

[32] *Ibidem*, p.5.

[33] Aderimos à posição professada por Alessandra Silveira. Cfr., para maiores desenvolvimentos: Silveira, Alessandra (2020). Apresentação. Em: Silveira, Alessandra; et.al. (coord.). *Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, pp.4-5.

Posto isto, o conceito de sustentabilidade em sentido amplo capta os *traços civilizacionais* a que visa responder, perante:

> *(…) novos padrões de complexidade social, convoca dimensões contextuais que vão desde os padrões éticos (…), passando pelas questões básicas dos pressupostos jurídicos das mudanças sociais, das instituições e dos procedimentos*[34].

Aqui chegados, a dimensão da sustentabilidade social opera, ela própria, como um conceito integrativo já que tem de equacionar várias manifestações, sobretudo perante um mundo em constante mutação. Neste cerne, visa promover uma sociedade justa, equitativa e inclusiva, garantindo que o progresso não se faça à custa do bem-estar e da dignidade humana, enquanto mínimo ético e referencial nuclear para aquilo que, juridicamente, é inalienável e inafastável. Assim, visa melhorar a qualidade de vida de todos, promovendo a igualdade de oportunidades, o respeito pelos direitos humanos e fundamentais e a erradicação da pobreza.

Posto isto, o pluralismo dos *media* e as liberdades de expressão e de informação desempenham um papel motriz na afirmação desta sustentabilidade social e, por conseguinte, na transversalidade da sustentabilidade democrática: se a sustentabilidade social busca criar uma sociedade onde todos têm acesso aos seus direitos, gozam de equivalentes oportunidades, podem aceder a serviços essenciais, independentemente da sua condição ou disponiblidade económica, e é-lhes dado um conjunto de oportunidades que lhes permite altear as suas condições de vida e, bem assim, afastar-se de situações de pobreza, a comunicação social e as novas formas de manifestar as liberdades de expressão e de informação ganham um papel de relevo na divulgação, explicação e garantia de efetivação destes direitos.

Por conseguinte, o enquadramento jurídico-político tem de ser adaptado e apresentado aos cidadãos, envolvendo-os na definição do interesse público primário a prosseguir. Para o efeito, a participação é esencial:

[34] Gomes Canotilho, José Joaquim (2012), p.7.

> *(…) traduzida na democratização dos processos de decisão, a todos os níveis, do nacional ao internacional, aliada a uma maior auto-responsabilidade de auto-organização da própria sociedade*[35].

Assim, a sustentabilidade social pode ser compreendida a partir de duas abordagens sinérgicas e complementares, com base nos vetores do pluralismo dos *media* e do exercício das liberdades de expressão e de informação: uma abordagem de natureza externa e outra de natureza interna.

Quanto à abordagem externa, esta reflete-se nas interações e na perceção pública que os meios de comunicação social são capazes de gerar na sociedade civil. Por um lado, estimulando a perceção de que os prestadores de serviços de comunicação social se vocacionam a dar a conhecer a verdade e a promover um debate amplo, aberto e plural de ideias, contribuindo ativamente para uma sociedade civil que participa de forma informada nos processos decisórios em que é chamada a intervir, alteando a observância da liberdade de informação na perspetiva passiva. Podemos, assim, considerar que esta abordagem externa se prende com a forma como os consumidores de conteúdos mediáticos –especialmente aqueles com teor informativo– se apresentam ao serviço de um pluralismo de ideias e construtivo para uma sociedade democrática, submetida ao direito e que estima e salvaguarda os direitos fundamentais constitucionalmente proclamados.

No entanto, como adiantamos *supra*, também impõe uma abordagem interna, designadamente quanto à necessidade de assegurar condições suficientes, num ambiente mediático seguro e livre de pressões públicas e/ou privadas, para o desempenho de funções inerentes à participação pública. Neste sentido, a sustentabilidade social pede que quem atua no contexto mediático goze das condições necessárias a exercer a sua atividade com liberdade de expressão, com liberdade de ativamente facultar a informação granjeada e tratada e protegido por uma liberdade editorial, construindo proactivamente –para si, para a comunidade mediática em que se insere e para a sociedade civil– uma sociedade inclusiva, equitativa e justa. Aqui, o bem-estar reputacional dos

[35] *Ibidem*, p.8.

profissionais mediáticos –jornalistas e demais atores com participação pública– tem de ser uma prioridade, que se tenta atingir através da Diretiva *SLAPP* que abordamos anteriormente.

Só assim, valores como o estado de direito e a democracia são capazes de prosperar, de se promover a sua sustentabilidade, num momento marcado por uma mudança cada vez mais veloz.

## 4. Bibliografía citada


Comissão Europeia (2020). *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*. Os meios de comunicação social da Europa na Década Digital: plano de ação para apoiar a recuperação e a transformação. Bruxelas, 3.12.2020, COM(2020) 784 final.

Comissão Europeia (2020). *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*. Sobre o plano de ação para a democracia europeia. Bruxelas, 3.12.2020, COM(2020) 790 final.

Comissão Europeia (2023). *Fórum Europeu dos Meios de Comunicação Social sobre a segurança dos jornalistas.* Event, 27.10.2023. Disponível em: https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/events/european-news-media-forum-safety-journalists-0 [acesso: 13.8.2025].

Comissão Europeia (2024). *Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões* . Relatório de 2024 sobre o Estado de Direito. Bruxelas, 24.7.2024, COM(2024) 800 final.

Conselho da União Europeia (2023). *Liberdade dos meios de comunicação social na UE.* Disponível em: https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/media-freedom-eu/ [acesso: 4.8.2025].

Covelo de Abreu, Joana (2017). Princípio da autonomia processual dos Estados-Membros. Em: Brandão, Ana Paula; Pereira Coutinho, Francisco; Camisão, Isabel; Covelo de Abreu, Joana (coords.). *Enciclopédia da União Europeia*. Portugal: Petrony Editora.

Covelo de Abreu, Joana (2019). *Tribunais nacionais e tutela jurisdicional efetiva: da cooperação à integração judiciária no Contencioso da União Europeia*. Coimbra: Editorial Almedina.

Covelo de Abreu, Joana (2022). A intrínseca relação da democracia com a comunicação social: a concretização de um interesse público renovado numa União Europeia digital. Em: Ribeiro, João Sérgio; Covelo de Abreu, Joana; Abreu Amorim, Carlos (coords.). *Democracia e comunicação social. Um debate introdutório para a era digital*. Braga: Escola de Direito - UMinho Editora. https://doi.org/10.21814/uminho.ed.102.

Ferraz, Maria Ana; Guerra, Filipe (2013). Comentário ao Artigo 11.º da CDFUE. Em: Silveira, Alessandra; Canotilho, Mariana (coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada.* Coimbra: Editorial Almedina.

Gomes Canotilho, José Joaquim (2012). Sustentabilidade - um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVIII, tomo I.

Häberle, Peter (2008). Nachhaltigkeit und Gemeineuropäisches Verfassungrecht. Em: Kahl, Wolgang (org.). *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*. Alemanha: Tübingen.

Regulamento (UE) 2021/818, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2021, que cria o Programa Europa Criativa (2021-2027) e revoga o Regulamento (UE) n.º 1295/2013.

Regulamento (UE) 2024/1083, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de abril de 2024, que cria um regime comum para os serviços de comunicação social no mercado interno e que altera a Diretiva 2010/13/UE (Regulamento Europeu relativo à Liberdade dos Meios de Comunicação Social).

Silveira, Alessandra (2020). Apresentação. Em: Silveira, Alessandra; et.al. (coord.). *Sustentabilidade tecnológica: o papel das tecnologias digitais na promoção do desenvolvimento sustentável*. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho.

# ECOSISTEMAS MARINOS Y COSTEROS EN EL REGLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE RESTAURACIÓN DE LA NATURALEZA DE 2024: UNA PERSPECTIVA JURÍDICA

Francisco Javier Sanz Larruga[1]

## 1. Introducción

La reciente aprobación –tras un polémico y tortuoso proceso en el ámbito de las instituciones de la Unión Europea– del Reglamento de la Unión Europea 2024/1991, relativo a la restauración de la naturaleza (en adelante, RRN), supone un importante hito en la política y el derecho del medio ambiente y, en particular, sobre la protección y gestión ambiental de las costas y espacios marinos. Ante el relativo fracaso de las medidas de prevención y conservación sobre la biodiversidad en la Unión, la restauración ambiental se presenta como una de las claves de bóveda de su futura política ambiental. No obstante, la técnica de la restauración ambiental no es una novedad y, también, en el ámbito jurídico ha venido utilizándose, si bien con un carácter reactivo, en caso de producción de daños ambientales.

El objeto de este trabajo es tratar de hacer una aproximación jurídica al contenido del nuevo RRN y, más concretamente, sobre cómo puede afectar al ámbito de las zonas costeras y el medio marino que aparecen específicamente regulados en el mismo (cfr. apartado 3). Previamente a este estudio, nos parece de interés conocer algunos de los precedentes que sobre la restauración ambiental

[1] Catedrático de Derecho Administrativo, membro del Grupo de Investigación de 'Derecho Público Global' y Director del Observatorio del Litoral de la Universidade da Coruña (UDC).

aparecen recogidos, tanto en el ámbito internacional como en la normativa española (cfr. apartado 2).

Finalmente, aunque es todavía pronto para saber cómo se va a aplicar el nuevo RNN, tanto en la propia Unión Europea como en cada uno de sus países miembros, vamos a tratar de abordar cuáles son los retos y los problemas que esta normativa tiene por delante en su aplicación a las zonas costeras y marítimas en España; reflexiones que aparecerán resumidas en las conclusiones finales (cfr. apartado 3).

## 2. Algunos precedentes jurídicos sobre la restauración de la naturaleza

### 2.1. El ordenamiento jurídico internacional y las iniciativas sobre restauración

El Convenio sobre la Diversidad Biológica –fruto de la Conferencia de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, celebrada en Río de Janeiro en 1992– es, sin duda, el primer hito más importante en la protección jurídica de la biodiversidad a nivel internacional (entró en vigor el 29 de diciembre de 1993). En su artículo 8º sobre la *conservación in situ*, establece que:

> *(…) cada parte contratante, en la medida de lo posible y según proceda: (…) f)* Rehabilitará y restaurará ecosistemas degradados y promoverá la recuperación de especies amenazadas*, entre otras cosas mediante la elaboración y la aplicación de planes u otras estrategias de ordenación.*

Posteriormente, el *Plan estratégico para la Diversidad Biológica (2011-2020)* contiene numerosas referencias a la restauración como la *Meta 15* para 2020 que incluye la *restauración de por lo menos el 15% de las tierras degradadas*; un plan que ha sido sustituido por el *Marco Mundial de Biodiversidad de Kumming-Montreal* aprobado en la 15ª reunión de las partes del Convenio de Diversidad Biológica, celebrado en diciembre de 2022; entre sus *metas mundiales para 2030* –y con el fin de reducir las amenazas a la biodiversidad–:

> *(…) garantizar que para 2030 al menos un 30 % de las zonas de ecosistemas terrestres, de aguas continentales y costeros y marinos degradados estén siendo objeto de una restauración efectiva*.

En el apartado específico del medio marino, la *Agenda 2030* –adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 2015– contiene en su *Objetivo de Desarrollo Sostenible* nº 14, relativo a la conservación y utilización sostenible de los mares y recursos marinos, la *meta 14.2* que se planteaba:

> *De aquí a 2020, gestionar y proteger sosteniblemente los ecosistemas marinos y costeros para evitar efectos adversos importantes, incluso fortaleciendo su resiliencia, y* adoptar medidas para restaurarlos a fin de restablecer la salud y la productividad de los océanos.

De otra parte, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y la Organización de Naciones para la Agricultura y la Alimentación (FAO) han promovido desde 2011 el *Decenio de Naciones Unidas para la Restauración de los Ecosistemas (2011-2030).* Trata de promover la actividad de restauración por parte de los gobiernos nacionales y la implicación en tal tarea del sector privado y las ONGs.

En definitiva, desde la misma aprobación de la Convención sobre Diversidad Biológica el objetivo específico de la restauración de los ecosistemas y especies ha ido adquiriendo una gran importancia en la medida en que se ha incrementado la degradación de la biodiversidad en muchos lugares del mundo y también en los espacios costeros y marinos (Telesetsky, Cliquet y Akhtar-Khavari: 2017).

### 2.2. La política de la restauración en el ordenamiento de la Unión Europea

Dejando para más adelante la referencia a los predecedentes inmediatos a RNN, a partir de la presentación del Pacto Verde Europeo en 2019, está claro que la política y el derecho de la biodiversidad en la Unión Europea ha estado centrado en sus dos regulaciones principales: la Directiva 92/43/CEE sobre conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (la conocida como *Directiva Hábitat*) y la Directiva 2009/147/CE relativa a la conservación de las aves silvestres. Si bien es verdad que en estos textos no aparece expresamente la referencia a la restauración, no hay que olvidar que para garantizar la

protección de la coherencia global de la Red Natura 2000 se contemplan *medidas compensatorias* en la Directiva Hábitats que, como señala García Ureta (2015) va más allá del principio general de restauración (cfr. asimismo Sánchez González, 2023).

Con relación al medio marino, como destaca Olmos Carbonell (2024: 8), la Directiva 2008/56/CE sobre el marco para la acción de la Unión Europea en materia de politíca medioambiental marina, fue la primera de las Directivas ambientales en reconocer el papel de la restauración y establecer esfuerzos para restaurar los ecosistemas marinis degradados. En su texto aparece la referencia a la recuperación de los ecosistermas (cfr. art. 3, 5 al definir el *buen estado ambiental*, y en el art. 13, 5 al regular los programas de medidas; pero también se recoge la *restauración* en el Anexo VI –sobre *programas de medidas*–de la misma Directiva al mencionar, en su apartado 7º, a los:

> *(...) Instrumentos de atenuación y reparación: instrumentos de gestión que orienten las actividades humanas* hacia una restauración de los elementos dañados de los ecosistemas marinos.

Mas adelante, nos referimos en este trabajo a los precedentes más inmediatos sobre la aprobación del RRN en la Unión Europea.

### 2.3. La exigencia de la restauración ambiental en el Derecho Español. Su posterior desarrollo en campo de la protección de la biodiversidad

Podría afirmarse que la restauración ambiental aparece en el ordenamiento jurídico español en los propios comienzos de su régimen constitucional vigente. En efecto, en la Constitución Española de 1978, al regular –en su art. 45– el *Derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona*, se establece en su apartado 2º que:

> *(…) los poderes públicos velarán por el uso racional de todos los recursos naturales, con el fin de promover y mejorar la calidad de vida y defender y* restaurar el medio ambiente…

Como tuvo ocasión de profundizar en su monografía, Conde Antequera (2004), la restauración ambiental en los comienzos de su regulación constituía una obligación derivada de la responsabilidad por la causación de un daño ambiental

a consecuencia de una infracción administrativa o la comisión de un delito penal; por lo tanto, con un alcance más limitado que el que hoy ha adquirido como una de las claves de bóveda de la protección de la biodiversidad.

Con relación a la protección del dominio público marítimo-terrestre, la Ley 22/1988 de Costas, prevé en su régimen jurídico de sanciones que, *sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior* (cfr. al respecto, el trabajo de Soro Mateo, 2023).

También, cuando se produce un delito ecológico sobre los recursos naturales y el medio ambiente, el Código Penal preveé en su art. 339 que:

> *(…) los jueces y tribunales ordenarán la adopción a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a* restaurar el equilibrio ecológico perturbado.

De otra parte, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de los daños ambientales –que tuvo lugar en virtud de la Ley 26/2006, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental–, se ha establecido un régimen de prevención y protección ante daños ambientales a determinados recursos naturales (como, por ejemplo, lasa aguas marinas o la ribera del mar y de la rías) que pueden causar o estan causados por determinadas actividades económicas o profesionales, aunque no exista dolo, culpa o negligencia (cfr. Anexo III de la Ley). Si se produce un daño ambiental, la Ley prevé –en su art. 20– unas *medidas reparadoras o de reparación* (la Ley las define en su art. 2, 16 como *toda acción o conjunto de acciones (…) que tengan por objeto reparar,* restaurar *o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados*…).

Por último, la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad contiene un buen número de referencias a la restauración (cfr. su art. 1º dentro del objeto de la Ley; su art. 2, b) y e) dentro de su principio orientador; su art. 3, 32 donde se define la:

> *(…) restauración de los ecosistemas: conjunto de actividades orientadas a reestablecer la funcionalidad y capacidad de evolución de los ecosistemas hacia un estado maduro.*

Y su art. 4, 3 al determinar la función social y pública del patrimonio natural en determinadas obras necesarias para su conservación; etc.

Pero, con motivo de una reforma legal de la Ley 42/2007 –producida en 2015– se introdujo la referencia al régimen jurídico de la *Estrategia estatal de Infraestructura Verde y de la conectividad y restauración ecológicas* (cfr. su art. 15); una estrategia que fue aprobada mediante la Orden PCM/735/2021, de 9 de julio. Cabe destacar, a este respecto, que el vigente *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia* –que canaliza los fondos destinados por la Unión Europea a reparar los daños provocados por la crisis del COVID-19– contempla entre sus *políticas palanca* una relativa a las *infraestructuras y ecosistemas resilientes* y, más en particular, en su *componente 4ª* sobre *conservacion y restauración de ecosistemas marinos y terrrestres y su biodiversidad*.

## 3. Aproximación al régimen jurídico de la restauración de los sistemas costeros y marinos en el Reglamento sobre restauración de la naturaleza

### 3.1. Presupuestos y pasos previos a la aprobación del RRN

Aunque, como ya hemos visto, la restauración ambiental no es una técnica desconocida en la política ambiental de la Unión Europea, la aprobación del RRN tiene su base programática en la presentación del *Pacto Verde Europeo* por la Presidenta de la Comisión Europea (U. Von del Leyen) a finales de 2019 (cfr. documento COM(2019) 640 final). Se trata, quizá, del programa de política ambiental más ambicioso en toda la historia de la Unión Europea que tiene por objetivo principal la descarbonización en 2050 (con objetivos parciales de reducción –55% de reducción– de los gases de efecto invernadero en 2030). Entre sus líneas de acción está la relativa a la *preservación y restablecimiento de los ecosistemas y la biodiversidad* previendo, para tal fin la aprobación de una Estrategia sobre Biodiversidad y con el propósito de que todas las políticas contribuyan a preservar y recuperar el capital natural de Europa.

En mayo de 2020 se publicó la *Estrategia de la UE sobre Biodiversidad de aquí a 2030. Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas* (cfr. documento COM(2020) 380 final). Con carácter general pretende fortalecer la resiliencia ante amenazas futuras y, en particular, las derivadas de los impactos del cambio climático. La Estrategia contiene entre otros instrumentos un plan de restauración de la naturaleza en virtud del cual los países miembros, mediante compromisos y acciones concretas, pongan en marcha medidas de restauración eficaces para restaurar los espacios degradados y, más concretamente, aquellos con más potencial para capturar y almacenar carbono y para prevenir y reducir el impacto de los desastres naturales. La Estrategia específica que, en la UE *deben estar protegidos al menos el 30% de la superficie terrestre y el 30% de la marina* (en 2020 sólo están protegidos el 4% de los espacios terrestres y el 19% de los marinos).

Como parte del plan, la Comisión propuso la elaboración y aprobación de la *Ley de Restauración de la Naturaleza* que incluye el objetivo de restauración general para la recuperación a largo plazo de la naturaleza en las zonas terrestres y marina de la UE con objetivos de restauración vinculantes para hábitats y especies concretas. A mediados de 2022 se presentó por la Comisión Europea la *propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la restauración de la naturaleza* (cfr. documento COM(2022) 304 final) (cfr. sobre la Estrategia de Biodiversidad y sus retos el trabajo de Sadeleer, 2023).

En octubre de 2020, la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA) presentó su informe sobre *Estado de la Naturaleza. Resultados de los informes elaborados en el marco de las Directivas sobre la Naturaleza 2013-2018*, con una perspectiva preocupante para la naturaleza: sólo el 15% de los hábitats están en buen estado y de los que se encuentran en peor estado las turberas y las dunas son las más afectadas. Estos resultados demuestran que el potencial de conservación de la normativa sobre protección de la biodiversidad (Directiva de Hábitats, especialmente) es limitado y no está logrando revertir la degradación progresiva de los mismos. De aquí que la política de restauración se presenta como una alternativa de obligada aplicación.

También incide en la necesaria restauración ambiental el *VIII Programa General de Acción de la Unión Europea en materia de medio ambiente hasta 2030 –*

aprobado por la Decisión (UE) 2022/591, del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de abril de 2022– en el que, para conseguir sus objetivos prioritarios es preciso que la Comisión, los Estados miembros, las autoridades regionales y locales y las partes interesadas: *transformen el sistema alimentario de la Unión de modo que entre otras cosas, contribuya a proteger y restaurar la biodiversidad, dentro y fuera de la Unión* (art. 3, n).

En el específico ámbito marino, la preocupación por la restauración hay que ponerlo en relación –como señala Olmos Carbonell (2024)– con otras acciones relacionadas con la protección del medio marino como es el caso de la *Estrategia de Economía Azul* (cfr. documento COM(2021/240 final) y muy en particular con el *Plan de Acción de la UE: proteger y restaurar los ecosistemas marinos en pro de una pesca sostenible y resiliente* (documento COM(2023) 0120) presentado por la Comisión Europea en febrero de 2023 y que, posteriormente dio lugar a una Informe del Parlamento Europeo de 14 de diciembre de 2023 (cfr. A9-0437/2023). En este Informe se pone de relieve la necesidad de restaurar los ecosistemas marinos, potenciar la implantación de zonas marinas protegidas y limitar ciertas prácticas pesqueras (como la de contacto de fondo), pero, al mismo tiempo tener en cuenta las consecuencias socioeconómicas –y sobre la seguridad alimentaria– que se derivan de la aplicación del plan y la necesidad de contar con la cooperación del sector pesquero.

### 3.2. Claves principales sobre el régimen jurídico del RRN

Después de más de dos años de negociaciones en el triálogo institucional de la Unión Europea –desde la presentación de la propuesta por la Comisión en junio de 2022, hasta la aprobación por el Parlamento Europeo en febrero de 2024 y, finalmente, la adopción del Consejo de Ministros en junio de 2024– el Reglamento (UE) 2024/1991, del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de junio de 2024 (publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, de 29 de julio de 2024) entró en vigor el 18 de agosto de 2024. El proceso de aprobación, como ya adelantamos, ha sido arduo y conflictivo, pues la inicial propuesta contó con la oposición de algunos sectores económicos como la agricultura y la pesca, y también políticamente, ha tenido sus detractores por entender que los objetivos ambientalistas del Reglamento ponían en peligro el normal desarrollo de algunas actividades económicas más vinculadas con el uso

de recursos naturales. Por su parte, el mundo científico más relacionado con la biodiversidad (cfr. Society for Ecological Restoration, 2022), y, en particular, los grupos y ONGs ecologistas han luchado denodamente para que el Reglamento saliera adelante (cfr. la plataforma *RestoreNature:* It's time to RestoreNature in Europe; https://www.restorenature.eu/en). Como es lógico, fruto del proceso de negociaciones el contenido final de la norma aprobada ha rebajado en algunos aspectos su ambición protectora/restaurativa respecto de la propuesta inicial de la Comisión Europea.

Desde el punto de vista jurídico, llama la atención, en primer lugar la naturaleza jurídica de la norma objeto de estudio: se trata de un Reglamento que, una vez publicado en el DOUE, es de aplicación directa en cada uno de los Estados miembros sin que necesite la previa transposición a su ordenamientos internos, lo cual supone un cambio de estrategia jurídica en la Unión Europea en su política ambiental ya que, al tratarse de una competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros, la norma habitualmente utilizada es la Directiva. No obstante, como destaca Sanz Rubiales (2024), la norma otorga, como veremos, un margen de adaptación amplio a los Estados miembros.

El RRN se estructura en seis Capítulos: el primero sobre *Disposiciones generales*, el segundo sobre los *objetivos y obligaciones de restauración*, el tercero sobre los *Planes nacionales de restauración*, el cuarto sobre *Seguimiento y notificación*, el capítulo quinto sobre *Actos delegados y de ejecución* y, finalmente, el sexto sobre *Disposiciones finales*. Un total de 28 artículos, con ocho Anexos que comprenden cerca de un centenar de páginas de extensión en el Diario Oficial de la Unión Europea. Una norma de carácter ambiental de contenido eminentemente técnico, con reglas generales, regímenes específicos sobre los concretos espacios y especies afectadas, y con muchas excepciones a su aplicación que no facilitan su entendimiento al público general.

Como señala Sanz Rubiales, la aprobación del RRN viene a constituir la:

> *(…) constatación de un fracaso: el de las políticas de protección y conservación ambiental en Europa. Frente a los instrumentos preventivos, de protección y conservación de la naturaleza, característic de decenios anteriores (…) la constatación de la*

> *insuficiencia de estos esta llevando a la UE a insistir en las medidas restauradoras* (Sanz Rubiales, 2024).

El objetivo principal del RRN se contiene en su art. 1,1 comprendiendo la:

> *(…) recuperación a largo plazo y sostenida de unos ecosistemas ricos en biodiversidad y resilientes en todas las zonas terrestres y marinas de los estados miembros mediante la degradación de los ecosistemas degradados.*

Así como la *consecución de los objetivos de la Unión en materia de mitigación del cambio climático, la adaptación a este*, la *mejora de la seguridad alimentaria* y el *cumplimiento de los compromisos internacionales de la Unión*. En el apartado 2 del mismo artículo concreta un poco más –de forma cuantitativa– el objetivo del RRN: los Estados miembros deben de establecer:

> *(…) medidas de restauración efectivas y basadas en la superficie al objeto de abarcar conjuntamente como objetivo de la Unión en las zonas y ecosistemas incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento.*

En concreto,

> *(…) al menos el 20% de las zonas terrestres y al menos el 20% de las zonas marítimas de aquí a 2030 y todos los ecosistemas que necesiten restauración de aquí a 2050.*

Sobre el *ámbito geográfico* sobre el que se proyecta el RRN, el art. 2 dispone que se aplica a todo el territorio sobre el que se extiende la soberanía de los Estados: su territorio, sus aguas costeras y:

> *(…) las aguas, el lecho marino o el subsuelo situados más allá de la línea de base recta que sirve para medir la anchura de las aguas territoriales de un Estado miembro y que se extienden hasta el límite exterior de la zona en que un Estado miembro tiene o ejerce derechos soberanos o jurisidicción* (cita en este punto la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

En el apartado de definiciones es muy importante el concepto de *restauración* contenido en el art. 3,3 del RRN:

> *(…) el proceso de contribuir activa o pasivamente a la recuperación de un ecosistema para mejorar su estructura y funciones, con el objetivo de conservar o aumentar la biodiversidad y la resiliencia del ecosistema, mediante la mejora de una zona de un tipo de hábitat hasta que se encuentre en buena condición, el restablecimiento de un área favorable de referencia y la mejora del hábitat de una especie hasta alcanzar una calidad y cantidad suficientes*.
>
> *De conformidad con el artículo 4, apartados 1, 2 y 3, y con el artículo 5, apartados 1, 2 y 3, así como la consecución de los objetivos y el cumplimiento de las obligaciones en virtud de los artículos 8 y 12, también mediante la obtención de niveles satisfactorios en relación con los indicadores a que se refieren los artículos 8 y 12.*

Siguiendo a Sanz Rubiales (2024) destacamos los aspectos más importantes de esta definición:

1. La *restauración es un proceso*; se trata de un *concepto dinámico*; la *acción de restaurar supone "apoyar", "contribuir a" iniciar un profeso (mejora el tipo de hábitat de una especie) para que la propia naturaleza – las especies involucradas– alcancen una cantidad suficiente.*

2. La *restauración debe promover (…) la resiliencia de los ecosistemas y de las especies; no se trata simplemente de restaurar un hábitat, sino de fortalecerlo* y, por lo tanto, de *facilitar su adaptación al cambio climático*.

3. *De acuerdo con el principio de intervención mínima en la biodiversidad, la restauración se centra en eliminar o minimizar las perturbaciones causantes de la degradación, dejando que el ecosistema degradado pueda recuperar por si mismo su estructura y funcionalidad*; en cuanto a la *actividad restauradora activa*, ésta *sólo actúa –con carácter subsidiario– cuando la naturaleza nos es capaz de autorregenerarse*.

4. La *restauración tiene por objeto restaurar los recursos naturales, pero también los servicios ambientales* (o servicios ecosistémicos).

5. La *restauración debe mejorar el hábitat de una especie en cantidad y calidad suficientes.*

Sobre los objetivos y obligaciones de restauración que se regulan en los arts. 4 a 13 del RRN, a los efectos de este trabajo sólo nos vamos a referir a los que afectan a las zonas costeras y a las áreas marinas, que serán expuestos en el siguiente subapartado, 3,3). Y, en cuanto a los *planes nacionales de restauración*, por su relevancia, dedicaremos uno de los subapartados siguientes (el 3,4) a un estudio somero de su contenido y alcance.

En el Capítulo IV sobre *seguimiento y notificación* el RRN prevé, en primer lugar, en su art. 20 la obligación para los Estados de realizar un seguimiento de una serie de aspectos que tiene que ver con el avance en el cumplimiento de sus objetivos (estado y evolución de los hábitats, poblaciones de especies de aves, etc.); seguimiento que ha de iniciarse tan pronto como se establezcan las medidas de restauración (cfr. art, 20,2) y con determinadas peculiaridades según el tipo de objetivo previsto por el RRN. En algunos supuestos se prevé el establecimiento de indicadores y la utilización de bases de datos y sistemas de información geográfica (cfr. art. 20, 7 y 9). Para la determinación de algunos parámetros –métodos de seguimiento, indicadores y niveles satisfactorios– se prevé la posibilidad de su concreción por la Comisión mediante actos de ejecución (cfr. art. 20,11). De otra parte, el art. 21 establece una serie de exigencias a los Estados miembros para la notificación periódica –y en una serie de plazos que se concretan en cada caso– de una serie de datos e información sobre los progresos realizados en la aplicación de las medidas de restauración y, en general, del cumplimiento de las obligaciones y objetivos establecidos en el RRN. En todo caso, la información que se presente debe cumplir los requisitos de la normativa relativa a la información ambiental y sobre los datos abiertos (cfr. art. 21, 8).

En el Capítulo V del RRN se recoge el régimen jurídico sobre los *actos delegados y de ejecución* de la Comisión europea que está facultada para adoptar determinados actos (por ejemplo, para modificar el contenido de los Anexos) en función del progreso científico y técnico (cfr. arts. 22 y 23).

Por último, en las *Disposiciones finales* del RRN se prevé la evaluación por la Comisión de la aplicación del mismo antes del 31 de diciembre de 2033 y que será presentado en un informe cuyas conclusiones han de presentarse ante las Instituciones de la Unión Europea (cfr. art. 26).

### 3.3. Notas específicas sobre la restauración de espacios costeros y marinos

El objetivo de este trabajo está centrado, como ya comentamos, en tratar de la restauración ambiental de los espacios costeros y marinos. Como señala Olmos Carbonell (2024), el *ecosistema más grande del planeta que sustenta la vida es el océano" y además de otros servicios ecosistémicos también es "una gran contribuyente a la economía* (cfr. Organisation for Economic Cooperation and Development, 2016). No obstante, por la complejidad y heterogenidad de los ecosistemas marinos las experiencias sobre su restauración con no han sido muy abundantes (Cfr. Olmos Carbonell, 2024).

De los ecosistemas vinculados con el medio marino, con el objetivo de su restauración ambiental, el RRN distingue dos: en primer lugar, el relativo a los ecosistemas *costeros* que se regulan con otros tipos de ecosistemas (terrestres y de agua dulce) en su art. 4º y, en segundo lugar, los *ecosistemas marinos* que se regula separada y exclusivamente en su art. 5º.

De forma necesariamente sintetizada exponemos seguidamente los contenidos principales de esta regulación específica del RRN.

#### 3.3.1.- Restauración de los ecosistemas costeros

Los Estados miembros:

> *(…) han de establecer medidas de restauración necesarias para mejorar, hasta que se encuentren en buena condición, las zonas de los tipos de hábitat enumerados en el Anexo I que no se encuentre en buena condición* (cfr. art. 4,1).

Del Anexo I los ecosistemas propiamente costeros son los siguientes: en el Grupo 1 (Humedales) los *hábitats costeros y salinos*; en el Grupo 2 (Pastizales y otros hábitats pastorales), los *hábitats costeros y de dunas*; en el Grupo 8 (Hábitats rocosos y de dunas), los *acantilados marítimos, playas e islotes* y las

*dunas marítimas*. Sobre el concepto de *buena condición*, el art. 3,4 del RRN los define como:

> *(…) un estado en el que las características fundamentales del tipo de hábitat, en particular su estructura, funciones y las especies típicas o la composición de las especies típicas, reflejen el alto nivel de integridad, estabilidad y resiliencia ecológicas necesario para garantizar su mantenimiento a largo plazo y, por lo tanto, contribuyan a alcanzar o a mantener un estado de conservación favorable de un hábitat.*

Para la aplicación de las medidas de restauración se prevé en el propio art. 4,1 una planificación temporal: al menos un 30% de su superficie total de aquí al 2030; al menos un 60% de aquí al 2040; y al menos un 90% de aquí al 2050. Cuantificación que corresponderá realizar a los planes nacionales de restauración. En todo caso, *hasta el 2030 se darán prioridad a las medidas de restauración en las zonas situadas en los espacios Natura 2000* (art. 4,1 in fine). El art. 4,2 del RRN prevé, no obstante, la posibilidad de los Estados miembros de excluir de las medidas de restauración a los hábitats de esta categoría que sean *muy comunes y extendidos* (añade: *que abarquen más del 3% de su territorio europeo*); pese a esta excepción, los Estados deben aplicar determinadas medidas de restauración hasta el 2050 (cfr. art. 4,2) y en las condiciones establecidas en el art. 4,3. También se establece excepciones para los Estados que, de forma justificada, consideran que no será posible establecer las medidas de restauración para alcanzar el área favorable de referencia (cfr. art. 4, 5 y 6). Sobre el concepto de *área favorable de referencia* el art. 3,8 del RRN lo define como:

> *(…) la superficie total de un tipo de hábitat en una determinada región biogeográfica o marina a nivel nacional que se considera la mínima necesaria para garantizar la viabilidad a largo plazo del tipo de hábitat y de sus especies típicas o de su composición de especies típica, así como todas las variaciones ecológicas significativas de ese tipo de hábitat en su área de distribución natural.*

Algunas de las medidas de restauración de estos ecosistemas se vinculan con la restauración de determinados tipos de especies enumeradas en los Anexos II, IV y V y *para mejorar la conectividad* (cfr. art. 4,7).

En la determinación de las zonas más adecuadas para llevar a cabo las medidas de restauración el art. 4,8 prevé que la información ha de basarse *en la mejor y más reciente información científica que se disponga* (cfr. art. 4,8) y, para tal fin, los Estados han de garantizar, antes de 2030, que *se conozca el estado de los tipos de hábitat en el al menos 90% del área de distribución* de los hábitats considerados para su restauración (cfr. art. 4,9).

En todo caso, las medidas de restauración tendrán en cuenta *la necesidad de mejorar la conectividad entre los tipos de hábitats,* así como las exigencias ecológica de las especies presentes en los mismos (cfr. art. 4, 10); y los Estados han de garantizar que las medidas de restauración adoptadas *muestre una mejora continua del estado de los hábitats* (cfr. art. 4, 11), así como, establecer las medidas oportunas para *prevenir el deterioro significativo de las zonas en las que se se den los tipos de hábitats* considerados (cfr. art. 4, 12).

Fuera de los espacios Natura 2000 se prevén diferentes excepciones para aplicar los requisitos del no deterioro de los hábitats y en las circunstancias que se especifican (por ejemplo, supuestos de fuerza mayor, catástrofes naturales, transformaciones inevitables de los hábitats, etc.) (cfr. art. 4, 13, 14 y 15). Y, en los espacios Natura 2000, el incumplimiento de las obligaciones de mejora continua del estado de los hábitats y de prevención de su deterioro, sólo estará justificado si se dan determinados supuestos (fuerza mayor, transformaciones inevitables de los hábitats, etc.) (cfr. art. 16).

Finalmente, el art. 4,17 establece las exigencias de que *los Estados miembros garantizarán* que, sobre los hábitats considerados, primero que:

> *(…) la superficie que se encuentra en buena condición aumente al menos al 90% y hasta que cada tipo de hábitat en cada región biogeográfica del Estado miembro de que se trate alcance el área favorable de referencia.*

Y, en segundo lugar, que *se produzca una tendencia creciente hacia la calidad y cantidad de hábitats* con relación a las especies enumeradas en los Anexos.

### 3.3.2. Restauración de los ecosistemas marinos

En virtud del art. 5,1 del RRN,

> *(…) los Estados miembros han de establecer las medidas de restauración necesarias para mejorar, hasta que se encuentre en buena condición, las zonas de los tipos de hábitats enumerados en el Anexo II que no se encuentre en buena condición.*

Los tipos de ecosistemas marinos contemplado en el citado anexo se estructuran en los siguientes grupos de hábitats: 1) lechos de vegetación marina; 2) bosques de macroalgas; 3) bancos de mariscos; 4) mantos de rodolitos; 5) campos de esponjas, corales y coralígenos; 6) respiraderos y rezumaderos; y 7) sedimentos arenosos (que no superen los mil metros de profundidad). Para la aplicación de las medidas de restauración se prevé igualmente un calendario con plazos determinados: primero, en el caso de los Grupos de hábitats del 1 al 6: al menos en el 30% de la superficie total de aquí a 2030; el menos del 60% de la superficie de aquí al 2040; y, al menos el 90% de la superficie de aquí al 2050 (cfr. art. 5,1, a) y b); en segundo lugar, en el caso de los hábitats del Grupo 7 se establecen en el art. 5,1, c) y d) objetivos específicos.

En el supuesto de que haya zonas donde no se den los hábitats considerados (de los grupos 1 a 6), los Estados miembros podrán establecer –en tres fases hasta el 2050– medidas de restauración necesarias para reestablecerlos, con el objetivo de alcanzar su área favorable de referencia (cfr. art. 5,2). No obstante, cuando un Estado miembro considera que no es posible establecer este tipo de medidas, *podrá fijar un porcentaje inferior entre el 90% y el 100% en su plan nacional* y aplicar las medidas necesarias de forma gradual (cfr. art. 5,3).

Según el art. 5,5 del RRN,

> *(…) los Estados miembros establecerán las medidas de restauración de los hábitats marinos de las especies enumeradas en el anexo III y en los Anexos II, IV y V de la Directiva 92/43/CEE y de los hábitats*

*marinos de aves silvestres que entren el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/147/CE.*

Para la determinación de las *zonas más adecuadas para llevar a cabo las medidas de restauración*, la información *se basará en los mejores conocimientos de que se disponga y en los avances técnicos y científicos más recientes para determinar el estado de los tipos de hábitats* (cfr. art. 5,6). Igualmente, los Estados miembros se comprometen a garantizar el conocimiento del estado de las zonas consideradas en los plazos previstos –hasta el 2050– en el art. 5,7.

Las medidas de restauración han de tener en cuenta, en todo caso, *la necesidad de mejorar la coherencia ecológica y la conectividad entre los tipos de hábitats enumerados en el Anexo II*, así como, las exigencias ecológicas de las especies consideradas en las medidas de restauración (cfr. art. 5,8). Además, las medidas de restauración tienen que garantizar sobre las zonas consideradas que *muestren una mejora continua del estado de los tipos de hábitats enumerados en el Anexo II hasta alcanzar una buena condición* (cfr. art. 5,9); medidas que, han de garantizar también que:

> *(…) no se deterioran significativamente las zonas donde se haya alcanzado una buena condición, ni en las que se haya alcanzado la calidad suficiente de los hábitats de las especies* (cfr. art. 5,9 in fine).

Con la publicación de los planes nacionales de restauración los Estados miembros:

> *(…) procurarán establecer medidas necesarias para prevenir el deterioro significativo de las zonas en las que se den los tipos de hábitats enumerados en el Anexo II (…) que se encuentren en buena condición o que sean necesarias para cumplir los objetivos de restauración* (cfr. art. 5,10).

Fuera de los espacios Natura 2000, se establecen una serie de excepciones a las obligaciones de los Estados miembros para aplicar medidas de restauración en casos de deterioro de los hábitats, siempre que se den determinadas circunstancias (por ejemplo, fuerza mayor, transformaciones inevitables de hábitats, planes o proyectos de interés superior para los que no se disponga de

soluciones alternativas, etc.) (cfr. art. 5, 11 y 12). Y en el supuesto de los espacios Natura 2000, también se prevé el posible incumplimiento de las obligaciones de restauración para circunstancias parecidas a las anterior (cfr. art. 5,13).

Finalmente, el art. 5,14 del RRN obliga a los Estados miembros a garantizar para los grupos 1 a 6 de hábitats que *la superficie que se encuentre en buena condición aumente al menos el 90% y hasta que cada tipo de hábitat en cada región biogeográfica de que se trate alcance el área favorable de referencia* (cfr. art. 5,14, a); una obligación similar se prevé para los hábitats del grupo 7 (cfr. art. 5,14, b), y, por último, se añade la garantía de que:

> *(…) se produzca una tendencia creciente hacia yna calidad y cantidad suficientes de los hábitats marinos de las especies enumeradas en el Anexo III del presente Reglamento y en los anexos II, IV y V de la Directiva 92/43/CEE y de las especies que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/147/CE* (cfr. art. 5,14, c).

### 3.4. Los «programas nacionales de restauración» como el instrumento fundamental para su aplicación

Resulta indudable que para lograr los objetivos previstos en el RRN es fundamental la labor de los Estados miembros, labor que se instrumentaliza a través de los *planes nacionales de restauración* (PNR) regulados a lo largo del Capítulo III del RRN.

Para la elaboración de los PNR el art. 14 del RRN contiene un abigarrado conjunto de instrucciones que no es posible detallar aquí, por los que nos limitaremos a sus contenidos fundamentales. Primero que, para su elaboración es preciso llevar a cabo las investigaciones oportunas –teniendo en cuenta los datos científicos más recientes– y el seguimiento de las mismas, para determinar las medidas que han de aprobarse para cumplir las obligaciones requeridas (cfr. art. 14,1). En los planes ha de incluir la cuantificación de la superficie que ha de restaurarse a fin de cumplir los objetivos, según cada tipo de hábitats y con la calidad y cantidad suficientes de los hábitats de las especies necesarias para alcanzar el estado de conservación favorable (cfr. art. 14, 2). Además, se

establecen algunas obligaciones para elaboración de indicadores y metodologías para facilitar su aplicación (cfr. art. 14, 5 y 7).

Los Estados miembros han de determinar *las sinergias con los objetivos de mitigación del cambio climático, la adaptación al mismo (…) la prevención de catástrofes, y darán prioridad a las medidas de restauración en consecuencia*, y para tal fin, tendrán en cuenta las estrategias y planes naciones previstos en la materia (cfr. art. 14,9).

Una determinación importante es la que se establece en el art. 14,11 del RRN:

> *(…) la aplicación del Reglamento no obligará a los Estados miembros a reprogramar ninguna financiación en el marco de la PAC, la PPC y otros programas e instrumentos de financiación agrícola y pesquera.*

Un precepto introducido ante las quejas de los sectores de la agricultura y de la pesca en el debate del Reglamento. Y, por tal motivo, el art. 14,12 prevé que los Estados miembros *podrán promover la implantación de regímenes de ayuda públicos o privados en beneficio de las partes interesadas que ejecuten las medidas de restauración*.

También, para la elaboración de los PNR los Estados miembros han de coordinarlos con la designación de las zonas de aceleración renovable y las zonas de infraestructuras específicas para cumplir los objetivos nacionales de tal tipo de energías para el 2030 (cfr. art. 14,13).

El art. 14,14 recoge una amplia lista de asuntos que los Estados miembros deben de tener en cuenta para elaborar sus PNR, así, por ejemplo, las medidas de conservación de los espacios de la Red Natura 2000, las estrategias marinas establecidas con miras a logar un buen estado medioambiente de todas las regiones marinas, las medidas de conservación y ordenación adoptadas en el marco de la PPC, etc.

El RRN remite en su art. 14, 16 a los Estados miembros para que en la elaboración de sus PNR puedan incorporar algunos de los ejemplos de medidas de restauración que se contienen en el anexo VII. Así, por ejemplo, limitándonos el medio marino:

*Reducir al mínimo los efectos negativos de las actividades pesqueras en el ecosistema marino, por ejemplo, utilizando artes con menor impacto en el fondo marino* (apartado 25); *(…) Restaurar importantes zonas de desove y cría de peces* (apartado 26); *(…) Proporcionar estructuras o sustratos para fomentar la vuelta de la vida marina en apoyo a la restauración de arrecifes de corales, ostras o cantos* (apartado 27); *(…) Restaurar los prados de vegetación marina y los bosques de kelp mediante la estabilización activa del fondo marino, reduciendo y, en la medida de lo posible, eliminando las presiones o mediante la propagación y plantación activas* (apartado 28); (…) *Restaurar o mejorar el estado de la población de especies típicas autóctonas características, que es vital para la ecología de los hábitats marinos, llevando a cabo medidas activas o pasivas de restauración, como la introducción de juveniles* (apartado 30); etc.

También se fomenta por el RRN las sinergias entre varios países sobre sus planes nacionales a través de la colaboración y en el caso de ecosistemas o regiones marinas compartidas (cfr. art. 14, 17 y 18).

El proceso de elaboración del PNR debe ser *abierto, transparente, inclusivo y eficaz* y para que *el público, incluidas todas las partes interesadas pertinentes, pueda participar en dicha elaboración con la suficiente antelación y de forma efectiva* (cfr. art. 14,20).

En cuanto al contenido del PNR –al que se dedica el art. 15 del RRN–, sobre su aspecto temporal, como establece con carácter general el art. 15,1: *abarcará el periodo que concluye en 2050, con plazos intermedios correspondientes a los objetivos y obligaciones*, es decir, plazos intermedios al 2030, 2040 y 2050.

En cuanto a su contenido específico, el art. 15,7 prevé que la Comisión –asistida para tal fin por la Agencia Europea de Medio Ambiente– establezca, mediante actos de ejecución, un *modelo uniforme de plan general*. No obstante, a lo largo del art. 15,3 se citan un gran número de elementos que cada Estado miembro debe incluir en sus respectivos PNR, como, por ejemplo:

(…) la *cuantificación de las zonas que deben restaurarse*, (…) la *descripción de las medidas de restauración previstas o establecidas*,

(…) una *indicación de las medidas destinadas a mantener en buen condición los tipos de hábitats*, el *inventario de las barreras existentes y las barreras* que ha de eliminarse, (…) una *descripción de los indicadores de los ecosistemas*, (…) el *calendario para la aplicación de las medidas de restauración*, (…) el *seguimiento de las zonas sujetas a restauración*, (…) una *indicación de las disposiciones para garantizar los efectos continuos (…) derivados de las medidas de restauración*, (…) las *repercusiones socioeconómicas previsibles y los beneficios estimados de la aplicación de las medidas de restauración*, (…) las *necesidades de financiación estimadas para la ejecución de las medidas de restauración* y (…) *una indicación de las subvenciones que afecten negativamente el cumplimiento de las obligaciones y los objetivos*, (…) *un resumen del proceso de elaboración y establecimiento del plan*, etc.

Han de constar en el plan nacional las medidas de restauración (medidas de conservación y ordenación) que los Estados adopten en el marco de la política común pesquera, incluidas las medidas de conservación de las recomendaciones conjuntas que un Estado tenga la intención de iniciar (cfr. art. 15,4). Y, cuando proceda, *el plan nacional incluirá una visión general de las consideraciones relativas a la diversidad de situaciones de las distintas regiones* (cfr. art. 15,6).

La presentación del proyecto del PNR –por cada Estado miembro– debe presentarse ante la Comisión antes del 1 de septiembre de 2026 (cfr. art. 16). Y, una vez presentado ante la Comisión, ésta debe evaluarlo –en estrecha colaboración con el respectivo Estado miembro– en el plazo de seis meses a partir de la fecha de su presentación (cfr. art. 17,1). La valoración de la Comisión comprende –como prevé el art. 17,2–: su conformidad sobre el contenido del plan de acuerdo con el art. 15, su *idoneidad para conseguir los objetivos y cumplir las obligaciones* correspondientes y su *contribución a los objetivos y metas generales* que se propone el RRN (cfr. art. 17,2). Una vez realizada la evaluación, la Comisión *podrá dirigir sus observaciones sobre el proyecto del plan nacional en un plazo de seis meses a partir de la fecha de recepción del plan* (cfr. art. 17,4); y los Estados miembros tendrán en cuenta las observaciones

de la Comisión en sus planes definitivos (cfr. art. 17,5). Finalmente, en el plazo de seis meses desde la recepción de las observaciones de la Comisión el *Estado miembro finalizará, publicará y presentará a la Comisión su plab de restauración* (cfr. art. 17,6).

Cada Estado miembro revisará –y en su caso, *reformulará su plan nacional e incluirá medidas complementarias*– a más tardar el 30 de junio de 2032 y, posteriormente, el 30 de junio, como muy tarde (cfr. art, 19,1).

> *La revisión ha de tener en cuenta los progresos realizados en la aplicación de los planes, las mejores informaciones científicas y los mejores conocimientos disponibles* (cfr. art. 19,1).

Por último, en el supuesto de medidas de restauración en los ecosistemas marinos, el art. 18 del RRN prevé una serie de medidas de coordinación; medidas que ha de adoptarse en el marco de la política pesquera común y con los demás requisitos y condiciones recogidos en el Reglamento (UE) nº 1380/2013, incluida la presentación de las correspondientes recomendaciones conjuntas (cfr. art. 18, 2 y 3). En esta dirección, Olmos Carbonell (2024) concluye que en la aplicación de la restauración ambiental marina hay que tener en cuenta sus sinergias con otros programas y, en particular, con los programas, estrategias y políticas relativos a la *economía azul* y sus propios objetivos, contando para ello con los sujetos y sectores económicos que están implicados en la misma.

El profesor Sanz Rubiales (2024), al final de su trabajo plantea un importante reto en la aplicación de la nueva política de restauración ambiental de la Unión Europea:

> *(…) el Reglamento no prevé la forma de financiar este ambicioso objetivo: únicamente impide su financiación a través de la PAC o de la PAC, aunque promueve la utilización de instrumentos de mercado y de su redacción se deduce el protagonismo público en dicha financiación: son los Estados miembros los responsables de ella.*

## 4. Conclusiones

El considerable fracaso de las medidas de conservación y prevención contenidas en la política de protección de la biodiversidad marina de la Unión Europea han llevado a poner de manifiesto la importancia y la urgencia en la aplicación de las medidas de restauración ambiental. La técnica restaurativa era ya conocida a escala internacional desde la aprobación de la Convención de Diversidad Biológica, sin embargo, el impulso dado por la Comunidad internacional y científica a la restauración en los últimos años ha sido decisivo para su recepción en la política de la Unión Europea.

En esta dirección la publicación del *Pacto Verde Europeo* en 2019 y la aprobación en 2020 de la *Estrategia de Biodiversidad de aquí a 2030* han sido claves para la promoción por la Comisión del nuevo Reglamento de Restauración de la Naturaleza y su aprobación en 2024 tras un tortuoso y polémico proceso de negociaciones.

La nueva regulación introduce unos ambiciosos objetivos de restauración que, en el caso de las zonas marítimas han de aplicarse al menos en el 20% de superficie antes del 2030 y, posteriormente, han de aplicarse a todos los ecosistemas que necesiten restauración de aquí al 2050.

Para la aplicación de los objetivos, el nuevo Reglamento establece específicas obligaciones de restauración que abarcan hasta el año 2050. Y, aunque el reglamento tiene aplicación directa sobre los Estados miembro, su efectiva aplicación depende de la aprobación por los Estados de sus respectivos *planes nacionales de restauración.*

En el supuesto de la restauración de los ecosistemas marinos y costeros –que se contemplan específicamente entre los ecosistemas objeto de la protección del Reglamento–, pese a su importancia para la economía y por los servicios ecosistémicos que prestan, existen pocas experiencias al respecto. Y para la elaboración de los planes nacionales de recuperación de los ecosistemas marinos y costeros y para la determinación de las concretas medidas que deben

adoptarse, parece especialmente oportuna la participación de todos los sectores socio-económicos que concurren sobre esos espacios.

Finalmente, como se exige por el propio Reglamento, resulta necesario tener en cuenta las sinergias de los planes de recuperación con otras estrategias y planes que concurren sobre los mismos espacios, y, en particular, la política de *economía azul*. No obstante, la gran importancia de la nueva política restaurativa de la Unión Europea se plantean dudas acerca de la financiación que requiere para su desarrollo y efectiva aplicación, que, en todo caso, va a depender fundamentalmente de la voluntad de los Estados miembros.

## 5. Referencias bibliográficas


Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA) (2020). *Estado de la Naturaleza. Resultados de los informes elaborados en el marco de las Directivas sobre la Naturaleza 2013-2018*. Copenahgue.

Conde Antequera, Jesús (2004). *El deber jurídico de restauración ambiental*. Granada: Editorial Comares.

García Ureta, Agustín (2015). Protección de la biodiversidad, mercados, compensación por daños y bancos de conservación. *Revista de Administración Púbica*, 198.

García Ureta, Agustín; y Soro Mateo, Blanca (2023). *Restauración y compensación ecológica : la perspectiva jurídica.* Madrid : Iustel.

Olmos Carbonell, Elena (2024). Marine restoration and blue economy in the European Union after the approval of the Nature Restorarion Regulation. *Revista de Ordenación del Sector Marítimo*, 2(2).

Organisation for Economic Cooperation and Development (2016). *The ocean economy in 2030*. París: OCDE Publishing.

Sadeleer, Nicolás (2023). El nuevo Pacto por la naturaleza de la UE. De la ambición a la realidad. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 136.

Sánchez González, Jénnifer (2023). *Evaluación ambiental adecuada y Red Natura 2000*. Cizur Menor: Aranzadi.

Sanz Rubiales, Íñigo (2024). El futuro Reglamento de Restauración: un instrumento para el impulso de la conectividad. En Uriarte Ricote, Maite; Lozano Cutanda, Blanca; Sanz Rubiales, Íñigo (coord.). *Conectividad Ecológica y Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Society for Ecological Restoration (2022). *Declaration on the European Commissión proposal for a regulation on nature restoration*, Alicante, 9 de septiembre de 2022.

Soro Mateo, Blanca (2023). Restauración, resposición y restitución del dominio público natural. En García Ureta, Agustín; Soro Mateo, Blanca (coord.). *Restauración y compensación ecológica: la perspectova jurídica*. Madrid: Iustel.

Telesetsky, Anastasia; Cliquet, An; Akhtar-Khavari, Afshin (2017). *Ecological Restoration in International Environmental Law*. London & New York: Routledge.

# TESES E ANTÍTESES

# POLÍTICAS PÚBLICAS GAÚCHAS DE BUSCA E LOCALIZAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES DESAPARECIDOS À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SEGURANÇA PÚBLICA (2018-2024)

Rogério Gesta Leal[1]

Ana Lara Cândido Becker de Carvalho[2]

## 0. Resumo

O presente estudo investiga as políticas públicas voltadas ao enfrentamento do desaparecimento de crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul, com foco nos procedimentos técnico-operacionais adotados por agentes de segurança pública que também integram o sistema de garantias de direitos. O objetivo é compreender como tais procedimentos, realizados entre 2018 e 2024, podem ser aprimorados e convertidos em políticas públicas adequadas, considerando a segurança pública como um direito social fundamental. A pesquisa adota o

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e pela Universidad Nacional de Buenos Aires. Mestre em Desenvolvimento Regional da Universidade de Santa cruz – USC. Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Atualmente é professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Fundação Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP, nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: gestaleal@gmail.com.

[2] Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa PROSUC/CAPES modalidade I. Graduada em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú. Integrante do Grupo de Pesquisa Integrado em Controle Social da Administração Pública (PPGD/UNISC) e do Grupo de Pesquisa Estado, Administração Pública e Sociedade (CNPq), da Universidade de Santa Cruz do Sul (PPGD/UNISC). E-mail: larabeckercarvalho@gmail.com.

método de abordagem dedutivo, o procedimento monográfico e técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Está inserida na linha de pesquisa Políticas Públicas e Inclusão Social, analisando o desaparecimento como fenômeno que revela a violação de múltiplos direitos - individuais, familiares e coletivos.

O trabalho vincula-se ao Grupo de Pesquisa Estado, Administração Pública e Sociedade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, partindo da compreensão de que o desaparecimento fere o princípio do Estado Democrático de Direito, que garante o direito à segurança pública. A análise evidencia que a atuação repressiva da segurança pública deve ser superada por uma abordagem integrada a políticas sociais, sobretudo no contexto da infância e adolescência. Nesse sentido, destaca-se a urgência de capacitação dos agentes, da criação de estruturas especializadas de investigação, da integração interinstitucional e do aperfeiçoamento dos sistemas de informação e protocolos de busca. Conclui-se que é dever do Estado assegurar a proteção integral por meio de políticas públicas fundamentadas em evidências, com orçamento adequado, transparência e articulação entre setores. A prevenção ao desaparecimento e o acolhimento às vítimas e suas famílias são expressões do compromisso público com a cidadania e os direitos humanos de crianças e adolescentes.

## 1. Introdução

Esta dissertação traz um estudo dos procedimentos técnico-operacionais dos agentes de segurança pública, enquanto, concomitantemente, agentes do sistema de garantias de direitos - SGD, que envolvem a busca e a localização de crianças e adolescentes desaparecidos, no estado do Rio Grande do Sul, para identificar perspectivas de formatação de políticas públicas, com uso de dados do período compreendido entre 2018 e 2024.

O objetivo geral é investigar os procedimentos técnico-operacionais dos agentes de segurança pública, que atuam, também, como agentes do sistema de garantias de direitos, voltados para a busca e a localização de crianças e adolescentes desaparecidos no estado do Rio Grande do Sul, visando aprimorar os instrumentos para a formatação de políticas públicas voltadas para esta área

com base em dados do período de 2018 a 2024. Os objetivos específicos são: identificar a segurança pública como direito fundamental social; relacionar os agentes de segurança pública como agentes do Sistema de Garantia de Direitos sob a perspectiva da proteção integral da criança e do adolescente; e investigar, com base nos dados do período 2018-2024 os procedimentos técnico-operacionais dos agentes de segurança pública, a fim de propor aprimoramentos e perspectivas de formatação de políticas públicas voltadas para o enfrentamento da situação de desaparecimento de crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul.

Para tanto, o problema de pesquisa norteador da presente dissertação é: de que modo os procedimentos técnico-operacionais dos agentes do sistema de garantias de direitos, enquanto promovedores de segurança pública, voltados para a busca e a localização de crianças e adolescentes desaparecidos no estado do Rio Grande do Sul, podem ser aprimorados e formatados como políticas públicas voltadas para o enfrentamento da situação de crianças e adolescentes desaparecidos à luz da segurança pública como direito fundamental social, a partir de dados do período de 2018 a 2024?

Inicialmente, a hipótese levantada é a de que, a partir do estudo e compreensão dos procedimentos técnico-operacionais e metodológicos da Polícia Civil, agentes de segurança pública cuja uma das funções é a investigação de desaparecimento de pessoas –e quando se trata de crianças e adolescentes, são, também, agentes do sistema de garantias de direitos–, podem ser aprimorados, nomeadamente a partir da compreensão ampliada do fenômeno multicausal do desaparecimento de crianças e adolescentes - considerando que os agentes policiais são os mais conectados com as situações fáticas envolvendo desaparecimento, desde a notificação oficial até a –ideal– localização da criança ou adolescente desaparecido.

A partir das informações –dados, estatísticas e percepções dos agentes– coletadas através de revisão bibliográfica e estudo de documentos oficiais, através da análise de políticas usadas em outros estados brasileiros para extrair as ações exitosas com o fim de aplicá-las no estado gaúcho, bem como da análise de técnicas metodológicas e operacionais a serem usadas pelas polícias civis, é possível propor aprimoramentos e formatações para as políticas públicas

gaúchas de enfrentamento da situação de desaparecimento de crianças e adolescentes.

Quanto à metodologia empregada, o objeto da pesquisa é exploratório de natureza teórica. Utilizando-se de pesquisa bibliográfica, tendo como fontes livros, artigos e teses sobre o tema, busca-se estudar o conceito de segurança pública como direito fundamental social para poder relacionar os agentes de segurança pública como agentes do sistema de garantias de direitos quando estes atuam para respeitar, proteger e promover o direito de crianças e adolescentes de ser buscados em caso de desaparecimento, bem como o direito de suas famílias de ter a criança ou adolescente buscado e localizado.

Trata-se de uma abordagem qualitativa, pois procura aprofundar o estudo sobre o contexto técnico-operacional e metodológico dos agentes de segurança pública que permeiam as ações e os procedimentos para a investigação e a localização do paradeiro de crianças e adolescentes desaparecidos e que, dessa forma, trazem informações e dados elucidativos sobre questões fáticas no que diz respeito ao processo de busca e localização - algo valioso para delinear políticas públicas para enfrentar a situação de desaparecimento de crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul. O método de abordagem é o dedutivo e o método de procedimento monográfico com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

A pesquisa bibliográfica é realizada nas seguintes bases de dados: Portal Periódicos da CAPES, para a consulta de dissertações e teses, *Scielo* e revistas classificadas no Qualis/CAPES. A pesquisa documental é realizada junto à Comissão Nacional da Verdade, ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ao Conselho Nacional do Ministério Público, ao Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, à Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro, ao Fórum Brasileiro de Segurança Pública, à Fundação Abrinq, ao governo do estado do Rio Grande do Sul, ao governo do Distrito Federal, ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ao International Centre for Missing and Exploited Children, ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, ao Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, ao Ministério Público do estado do Pará, à polícia civil do estado do estado do Rio Grande do Sul, ao Observatório da Criança e do Adolescente, à polícia civil do estado do Ceará, à polícia civil do

estado do Paraná, à Prefeitura de São Paulo, à Secretaria de Comunicação Social, à Secretaria Estadual cearense de Segurança Pública e Defesa Social, ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e à UNICEF.

A pesquisa se justifica pela relevância do tema como problemática que perpassa a criança ou adolescente desaparecido, atingindo o núcleo familiar, amigos, pessoas próximas e demais membros da comunidade, revelando o desaparecimento como verdadeiro problema social que possui relação intrínseca com a segurança pública - direito fundamental social. É relevante, portanto, estudar o desaparecimento de crianças e adolescentes como fenômeno multicausal que necessita de políticas públicas para seu combate. Da mesma forma, é pertinente compreender os procedimentos técnico-operacionais e metodológicos dos agentes de segurança pública como agentes do Sistema de Garantia de Direitos posto que são estes os agentes a ter contato fático e palpável com o desaparecimento, bem como são eles os responsáveis pelas buscas e pela localização da criança ou adolescente desaparecido. O conhecimento da realidade fática permite, para além da necessária compreensão, as ferramentas elucidativas necessárias para articular e executar políticas públicas para enfrentar a problemática do desaparecimento de crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul.

O período de 2018 a 2024 para a coleta de dados, informações e estatísticas sobre o tema do desaparecimento de crianças e adolescentes se dá pela dificuldade de achar materiais oficiais sistematizados. Como o desaparecimento de pessoas no Brasil é uma pauta invisibilizada e não prioritária na agenda pública e política, torna-se dificultosa a coleta de informações robustas que possam contribuir quanti-qualitativamente para a pesquisa. Desse modo, optou-se por delimitar a pesquisa ao período já citado de sete anos pois, nestes anos, houve um ligeiro aumento quantitativo e qualitativo acerca da produção organizada de informações oficiais sobre o desaparecimento de pessoas, permitindo o andamento adequado –e posterior finalização– da pesquisa.

Os resultados quali-quantitativos da pesquisa evidenciam a complexidade do desaparecimento de crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul, revelando tanto a dimensão estatística do fenômeno quanto às dificuldades institucionais no seu enfrentamento. Entre 2018 e 2024, o Brasil registrou uma média de 291

desaparecimentos diários, com um pico de 80.317 casos em 2023 e uma redução significativa apenas em 2020. A análise mostra fragilidades nos registros policiais, com ausência de estatísticas detalhadas e inconsistências nos boletins de ocorrência, comprometendo a formulação de políticas públicas adequadas. Além disso, a falta de capacitação dos agentes de segurança e a desarticulação entre os órgãos responsáveis dificultam as investigações e a resposta estatal. A pesquisa identifica, também a subnotificação como um problema central, agravado pela carência de dados sistematizados por faixa etária, gênero e raça. Diante desse cenário, torna-se evidente a necessidade de aprimorar os processos de registro e investigação, fortalecer os mecanismos de busca e localização e promover maior integração entre Estado, agentes do sistema de garantias de direitos e vítimas mediatas da situação de desaparecimento - tem-se aqui os familiares - com o intuito de garantir os direitos de crianças e adolescentes e resguardá-los das violações de direitos que ocasionam, dentre outras problemáticas, o seu desaparecimento.

## 2. Segurança pública como direito fundamental social no Estado democrático de direito

A segurança pública é um direito fundamental social inscrito na Constituição Federal de 1988 e elemento estruturante do Estado Democrático de Direito brasileiro (Brasil 1988). A presente seção parte de uma análise teórica e histórica das origens do Estado moderno, a partir da superação do modelo feudal e do surgimento de uma organização estatal centrada na soberania e na normatividade jurídica. Hobbes (2014) vê o Estado como um pacto necessário para escapar da guerra de todos contra todos; Locke (2014) entende que o Estado deve proteger os direitos naturais inalienáveis à vida, à liberdade e à propriedade. Montesquieu introduz a separação de poderes como mecanismo essencial para a garantia da liberdade (Fernandes 2019).

Nesse processo, a concepção moderna de Estado se transforma em um ente garantidor de direitos e obrigações, alicerçado na participação popular e na legalidade, elementos essenciais à estrutura do Estado Democrático de Direito. A consolidação desse modelo exige que a Constituição seja o instrumento

normativo máximo de consagração e efetivação dos direitos fundamentais. Assim, os direitos sociais –educação, saúde, moradia, previdência e segurança– são positivados como obrigações estatais, voltadas à promoção da igualdade material e à proteção da dignidade humana (Gorczevski 2016).

Entretanto, conforme aponta Bobbio (2004), tais direitos correm o risco de inefetividade quando não acompanhados de políticas públicas estruturadas e mecanismos de financiamento e responsabilização. No caso da segurança pública, apesar de sua inclusão no art. 6º da CF/88, enfrenta desafios como indefinições conceituais, ausência de regulamentação e fragmentação institucional, conforme salientam Lima, Sinhoretto e Bueno (2015). A segurança pública é um campo em disputa, marcado por diversas interpretações e práticas, algumas das quais reproduzem lógicas autoritárias e seletivas. Para Soares (2019), sua concepção não pode se reduzir à ausência de crimes, mas deve incorporar aspectos como a confiança social, a percepção de segurança e a legitimidade democrática.

Nesse sentido, a segurança pública é condição para o exercício pleno da cidadania e deve ser compreendida como um bem universal, cujo acesso deve ser garantido por meio de políticas públicas articuladas e orientadas pela promoção dos direitos humanos. Santin (2004) propõe que esse direito possua tanto eficácia normativa quanto eficácia material, exigindo não apenas previsão legal, mas estruturas administrativas, recursos humanos e planejamento adequado.

É preciso, igualmente, realizar uma revisão crítica dos principais planos e programas de segurança pública implementados no Brasil após 1988. Do Plano Nacional de Segurança Pública de 1991 ao atual Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (2021-2030), observa-se uma oscilação entre propostas repressivas e iniciativas voltadas à prevenção e à cidadania. Muitos desses planos foram elaborados de forma reativa, em resposta a episódios de violência de grande repercussão, sem base empírica sólida nem mecanismos efetivos de avaliação (Spaniol; Moraes Júnior; Rodrigues 2020). O PRONASCI, instituído em 2007, destacou-se por propor uma abordagem preventiva e intersetorial, mas sua implementação foi comprometida pela ausência de regulamentação e apoio federativo (Dias 2014; Jesus 2012). Essa lacuna entre o plano formal e sua

operacionalização prática revela a fragilidade da política de segurança enquanto política de Estado. O desaparecimento de pessoas é, portanto, expressão grave da violação do direito à segurança pública.

A legislação brasileira demorou a reconhecer formalmente o desaparecimento como problema público, e somente com a Lei nº 13.812/2019 (Brasil 2019) passou-se a contar com uma definição legal de pessoa desaparecida. Mesmo assim, essa definição não contempla toda a complexidade do fenômeno, que pode ter motivações voluntárias, involuntárias ou forçadas (Alchuffi 2021). O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023) observa que o desaparecimento revela falhas estatais em múltiplas frentes: da prevenção à resposta institucional, da produção de dados ao acolhimento das famílias.

Nesse contexto, o texto defende que o desaparecimento deve ser tratado como política pública de segurança e que o direito da pessoa desaparecida de ser buscada e o direito das famílias às buscas são expressões concretas do direito fundamental à segurança. A Polícia Civil, conforme prevê a Lei Orgânica das Polícias Civis (Brasil 2023), tem papel central na investigação dos desaparecimentos, mesmo quando ainda não configuram crime. A ausência de um corpo ou de materialidade penal não deve ser justificativa para a inação estatal. Procedimentos como as Verificações Preliminares de Informação - VPIs precisam ser aprimorados e padronizados, com base em tipologias que permitam ações preventivas e investigativas mais adequadas (Ferreira 2015; MJSP 2023).

O enfrentamento dos desaparecimentos depende de uma articulação entre os direitos sociais, a atuação do sistema de justiça e a construção de políticas públicas permanentes. A segurança pública, como direito fundamental social, precisa ser resgatada de uma abordagem exclusivamente repressiva e inserida em um projeto democrático de proteção e cidadania. O Estado brasileiro deve assumir sua responsabilidade na proteção da vida e na garantia dos direitos fundamentais, com prioridade absoluta quando se trata de crianças e adolescentes. O desaparecimento não é apenas ausência física, mas também ausência de direitos e de resposta estatal. Superar essa negligência exige o reconhecimento da segurança pública como dever do Estado e direito de todos,

efetivado por meio de ações integradas, transparentes e orientadas à dignidade da pessoa humana.

## 3. Agentes de segurança pública como agentes do sistema de garantias de direitos à luz da proteção integral de crianças e adolescentes

Nesta seção, parte-se da premissa de que a segurança pública deve ser compreendida não apenas sob a ótica repressiva, mas enquanto um direito social que integra o rol de garantias fundamentais da infância e adolescência, como determina a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A concepção de infância como sujeito de direitos é um marco civilizatório recente. Conforme aponta Machado (2013), durante séculos a criança foi socialmente percebida como um ser *quase invisível* diante das instituições jurídicas e sociais. Essa visão reducionista começa a ser superada com a institucionalização da teoria da proteção integral no Estatuto da Criança e do Adolescente, que rompe com o paradigma do menor em situação irregular, e estabelece um novo padrão de tratamento jurídico. Essa teoria impõe ao Estado o dever de assegurar o desenvolvimento pleno da criança e do adolescente, com prioridade absoluta em políticas públicas, inclusive na seara da segurança pública.

O desaparecimento de crianças e adolescentes constitui uma das mais graves violações de direitos fundamentais. Para além da ausência física, ele representa uma ruptura com a garantia da vida, da liberdade e da dignidade. Tal fenômeno deve ser analisado sob uma ótica sistêmica, conforme explica Machado (2013), ao observar que as instituições, por ação ou omissão, são muitas vezes produtoras da violência. A falta de estrutura estatal, a omissão de agentes públicos, a ausência de protocolos integrados e a precariedade de dados oficiais tornam o desaparecimento um sintoma da falência das garantias estatais mais básicas.

Os agentes de segurança pública –especialmente os policiais civis– não devem ser vistos como meros operadores do sistema penal repressivo, mas como

agentes promotores de direitos. Nesse sentido, sua atuação no sistema de garantias de direitos deve se dar prioritariamente no eixo da defesa, e não da repressão. Segundo Oliveira (2022), materializa uma rede de proteção organizada, funcional e articulada entre os três eixos de promoção, defesa e controle social de direitos. Nessa rede, a polícia tem papel relevante ao realizar a busca imediata e a investigação célere do desaparecimento, contribuindo para a cessação de múltiplas violações.

Contudo, a ausência de capacitação específica, a desarticulação institucional e o descompasso entre os sistemas de informação tornam a resposta policial muitas vezes inadequada. Como aponta Oliveira (2022), a *fragilidade de atuação interinstitucional* limita o sucesso das ações protetivas, comprometendo o princípio da prioridade absoluta. A formação dos agentes deve ser repensada com base em princípios de empatia, escuta especializada, mediação humanizada e atuação em rede. Trata-se de substituir o paradigma da suspeição pelo paradigma da proteção.

Nesse aspecto, a promulgação da Lei nº 13.812/2019, que institui a Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas (Brasil 2019), é considerada um avanço institucional relevante. Entretanto, sua implementação ainda é limitada pela ausência de regulamentação em muitos estados, pela falta de recursos materiais e humanos, e pela inexistência de banco de dados unificado. A ausência de dados sistematizados reforça o apagamento das vítimas e impede o desenvolvimento de políticas públicas adequadas. O desaparecimento provoca também efeitos psicossociais profundos nas famílias. O conceito de luto ambíguo, desenvolvido por Pauline Boss, é mobilizado para descrever a dor sem conclusão vivida pelos familiares, cuja espera constante dificulta qualquer elaboração emocional. A falta de acolhimento por parte do Estado intensifica esse sofrimento. Como observa Teodoro (2020), a omissão institucional gera a revitimização dos familiares, que ficam à margem do processo investigativo.

O enfrentamento efetivo do desaparecimento requer articulação entre os órgãos de segurança pública, o Ministério Público, o Judiciário, os Conselhos Tutelares e os serviços de assistência social. Essa atuação em rede pressupõe que a lógica burocrática seja superada por uma lógica de responsabilidade compartilhada e fluidez intersetorial. Como salienta Brito (2020), a garantia de

direitos *exige respostas complexas, que articulem o trabalho técnico com a escuta das experiências das vítimas*.

A atuação do agente de segurança pública, portanto, deve ser orientada pela escuta qualificada, pelo acolhimento, pela busca ativa e pela notificação imediata. A prevenção ao desaparecimento passa também por campanhas públicas, articulação com escolas e conselhos de direitos, e investimentos em inteligência investigativa. Os agentes de segurança precisam ser reconhecidos como parte essencial do sistema de garantias de direitos, com formação humanizada, protocolos claros e políticas sustentadas por dados confiáveis.

Conclui-se que a segurança pública, no contexto da proteção integral, não pode continuar atrelada exclusivamente à repressão penal. Ela deve ser reconstruída como política de garantia da vida, da liberdade e da dignidade, principalmente daqueles em condição peculiar de desenvolvimento. Proteger crianças e adolescentes contra o desaparecimento não é apenas um dever funcional do Estado - é um compromisso ético com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

## 4. Perspectivas de aprimoramento de políticas públicas voltadas para o enfrentamento da situação de desaparecimento de crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul (2018-2024)

A presente seção traz uma análise empírica detalhada do fenômeno do desaparecimento de crianças e adolescentes no estado do Rio Grande do Sul entre os anos de 2018 e 2024, com o intuito de fundamentar propostas de aprimoramento das políticas públicas voltadas à prevenção, busca e acolhimento de vítimas e familiares. A pesquisa parte da constatação de que, apesar de o desaparecimento de pessoas ter sido reconhecido como prioridade nacional pela Lei nº 13.812/2019, a realidade brasileira ainda é marcada por uma profunda deficiência na produção, sistematização e análise de dados, o que compromete a formulação de políticas públicas adequadas (Brasil 2019). No Brasil, os registros de desaparecimento estão pulverizados entre diferentes órgãos, e a inexistência de um banco de dados nacional interligado entre os entes

federativos dificulta o rastreamento de casos e a construção de diagnósticos confiáveis.

O estado do Rio Grande do Sul foi selecionado como recorte empírico por reunir condições específicas para a análise, como a atuação da Delegacia de Polícia de Homicídios e Proteção à Pessoa - DPHPP, que conta com uma Seção de Desaparecidos especializada, e a maior disponibilidade de dados estatísticos abertos. Os dados analisados referem-se ao período de janeiro de 2018 a abril de 2024 e revelam um total de 15.443 boletins de ocorrência de desaparecimento envolvendo crianças e adolescentes de 0 a 17 anos. A distribuição anual dos registros mostra certa oscilação: 2.540 casos em 2018, 2.405 em 2019, 2.234 em 2020, 2.064 em 2021, 2.284 em 2022, 2.370 em 2023 e 1.546 até abril de 2024. Embora haja uma leve tendência de queda no número absoluto de registros em comparação com os anos iniciais do período, tal redução deve ser interpretada com cautela, pois pode refletir subnotificação, mudanças nos critérios de registro ou os impactos da pandemia de COVID-19 sobre o funcionamento das instituições e o comportamento das famílias (MJSP 2025).

É conveniente alertar para a limitação dos dados disponíveis, com destaque para o fato de que os registros de boletins de ocorrência não incluem informações sobre o perfil das vítimas –idade, raça, gênero, território–, tampouco fornecem dados sobre os motivos do desaparecimento, reincidências, vínculos familiares ou institucionais, e os desfechos dos casos. Além disso, a informação frequentemente divulgada pela Polícia Civil de que cerca de 90% dos casos são *resolvidos* refere-se, na verdade, à notificação do reaparecimento da pessoa desaparecida, não necessariamente à elucidação da causa do desaparecimento ou à garantia de que a criança ou adolescente reaparecido esteja em situação segura e protegida. Essa lógica estatística produz um efeito enganoso de eficácia, ao mesmo tempo em que invisibiliza os casos de reincidência, as vulnerabilidades das vítimas e o sofrimento prolongado das famílias (Fórum Brasileiro de Segurança Pública 2023).

Outro aspecto ressaltado pela pesquisa é o fato de o estado do Rio Grande do Sul representar, no período analisado, aproximadamente 6% do total estimado de desaparecimentos de crianças e adolescentes no Brasil, revelando a relevância do fenômeno na região sul do país. A ausência de dados integrados

nacionalmente impede uma compreensão mais precisa dos fluxos migratórios, do tráfico de pessoas, das fugas institucionais e das violações associadas ao desaparecimento, como exploração sexual, negligência e violência doméstica. Sem uma base de dados qualificada e interligada, a formulação de políticas públicas tende a se restringir a ações reativas e pontuais, não alcançando a complexidade do fenômeno (MJSP 2025).

A partir dos dados analisados, há a proposição da necessidade de criação de estruturas institucionais específicas e permanentes para enfrentamento do desaparecimento de crianças e adolescentes, incluindo delegacias especializadas, núcleos de atendimento psicossocial às famílias, bancos de dados estaduais interligados e centros de referência regionais com equipes multidisciplinares. Além disso, defende-se a adoção de protocolos unificados de busca imediata, notificação obrigatória, sistematização dos registros e integração entre os setores da segurança pública, assistência social, educação e saúde. Tais medidas são fundamentais para romper com a fragmentação institucional e garantir uma resposta célere, humanizada e adequada.

Há, também, a ausência de campanhas públicas educativas e de prevenção ao desaparecimento de crianças, o que contribui para a naturalização do fenômeno e para a baixa mobilização social em torno do tema. A invisibilidade que cerca esses casos está diretamente ligada a fatores como a desigualdade social, o racismo estrutural e a marginalização de famílias pobres e periféricas, cujos desaparecimentos são muitas vezes deslegitimados pelas autoridades e não ganham repercussão midiática. Aqui, reafirma-se a importância da escuta ativa das famílias e da criação de canais institucionais que acolham, informem e acompanhem as vítimas indiretas do desaparecimento - em geral, mães e responsáveis que enfrentam o luto ambíguo e a ausência de políticas específicas de apoio.

Conclui-se, portanto, que o aprimoramento das políticas públicas voltadas ao desaparecimento de crianças e adolescentes no Rio Grande do Sul –e no Brasil– depende, fundamentalmente, da valorização da produção de dados confiáveis, da formação especializada dos agentes públicos, da articulação intersetorial e da centralidade da infância e juventude nas agendas governamentais. A segurança pública, para além de seu caráter repressivo, deve assumir um papel

de proteção e garantia de direitos. O desaparecimento infantil não é uma fatalidade isolada, mas um indicador da falência do Estado em assegurar os direitos mais básicos de crianças e adolescentes. É preciso enfrentá-lo com planejamento, investimento, empatia e compromisso ético com a dignidade humana.

## 5. Conclusão

A presente pesquisa teve como problema de pesquisa a seguinte indagação: de que modo os procedimentos técnico-operacionais dos agentes do sistema de garantias de direitos, enquanto promovedores de segurança pública, voltados para a busca e localização de crianças e adolescentes desaparecidos no estado do Rio Grande do Sul, podem ser aprimorados e formatados como políticas públicas para o enfrentamento dessa realidade, à luz da segurança pública como direito fundamental social? A hipótese inicial sustentava que, embora os agentes de segurança pública desempenhem papel central nesse processo, sua atuação ainda é marcada por limitações estruturais, ausência de protocolos integrados, deficiências formativas e falhas na produção e gestão de dados, o que compromete a efetividade das políticas públicas voltadas ao desaparecimento de crianças e adolescentes. Após o percurso teórico e a análise dos dados empíricos referentes ao período de 2018 a 2024 no estado do Rio Grande do Sul, a hipótese foi confirmada.

Constatou-se que a segurança pública, enquanto direito fundamental social, deve ser exercida para além da lógica repressiva e precisa estar inserida na perspectiva da proteção integral de crianças e adolescentes. Os agentes de segurança, especialmente os policiais civis, são figuras-chave no Sistema de Garantias de Direitos e precisam ser reconhecidos, capacitados e institucionalmente preparados para atuar na prevenção, busca e acolhimento dos casos de desaparecimento. A análise dos dados revelou fragilidades significativas: ausência de banco de dados interligado, registros insuficientes quanto ao perfil das vítimas e ao desfecho das ocorrências, e desarticulação entre os órgãos responsáveis. Apesar da existência de marcos legais

importantes, como a Lei nº 13.812/2019, os mecanismos práticos de enfrentamento ao desaparecimento ainda são incipientes.

Dessa forma, conclui-se que os procedimentos técnico-operacionais podem e devem ser aprimorados, e que a formulação de políticas públicas eficazes para o desaparecimento de crianças e adolescentes exige um compromisso interinstitucional, ético e estruturado com a produção de dados qualificados, com a escuta ativa das famílias e com a formação humanizada dos agentes públicos. A superação do cenário de invisibilidade e negligência passa pela consolidação de políticas permanentes que tratem o desaparecimento como uma emergência de direitos humanos no Estado Democrático de Direito.

## 6. Referências


Alchuffi, Flávia Martins (2021). *Um estudo sobre o olhar dos agentes de segurança pública e assistencial do Estado de Goiás sobre o desaparecimento na infância e juventude*. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Goiânia: Universidade Federal de Goiás. Disponível em: http://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/11570. Acesso em: 05 jun. 2025.

Bobbio, Norberto (2004). *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier.

Brasil (1990). Congresso Nacional. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 05 jun. 2025.

Brasil (2019). Congresso Nacional. *Lei nº 13.812, de 16 de março de 2019*. Institui a Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas, cria o Cadastro Nacional de Pessoas Desaparecidas e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13812.htm. Acesso em: 05 jun. 2025.

Brasil (2023) Congresso Nacional. *Lei nº 14.735, de 23 de novembro de 2023*. Institui a Lei Orgânica Nacional das Polícias Civis, dispõe sobre suas normas

gerais de funcionamento e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/Lei/L14735.htm. Acesso em: 05 jun. 2025.

Brito, Ana Emmanuela Reis Monteiro (2020). *A incompletude institucional e a intersetorialidade na política de atenção à criança e ao adolescente no município de Recife*. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Recife: Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/39062. Acesso em: 05 jun. 2025.

Dias, Lúcia Lemos (2014). A segurança pública sob a ótica dos direitos humanos. Em: Dias, Lúcia Lemos; Moura, Paulo Vieira de (org.). *Educando para uma Segurança Pública democrática*. João Pessoa: Editora da UFPB.

Fernandes, Patricia Stefoni (2019). *A separação dos Poderes e a efetividade do Estado Democrático de Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/22541. Acesso em: 05 jun. 2025.

Ferreira, Letícia Carvalho de Mesquita (2015). *Pessoas desaparecidas: uma etnografia para muitas ausências.* Rio de Janeiro: Editora UFRJ.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2023). *Mapa dos desaparecidos no Brasil*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/publicacoes_posts/mapa-dos-desaparecidos-no-brasil. Acesso em: 05 jun. 2025.

Gorczevski, Clovis (2016). *Direitos Humanos, Educação e Cidadania*: *conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc.

Hobbes, Thomas (2014). *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução: Rosina Angina. São Paulo: Martin Claret.

Jesus, Thiago Allisson Cardoso de (2012). *Uma avaliação política do PRONASCI à luz da cidadania no Estado Democrático de Direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) - Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas. São Luís: Centro de Ciências Sociais - Universidade Federal do

Maranhão. Disponível em: https://tedebc.ufma.br/jspui/handle/tede/tede/1933. Acesso em: 05 jun. 2025.

Lim, Renato Sérgio de; Sinhoretto, Jacqueline; Bueno, Samira (2015). A gestão da vida e da segurança pública no Brasil. *Sociedade e Estado*, vol.30, núm.1, pp.123-144. DOI: https://doi.org/10.1590/S0102-69922015000100008. Disponível em: https://www.scielo.br/j/se/a/GXvgpX8S3K9dFzL4GMCky7G/. Acesso em: 05 jun. 2025.

Locke, John (2014). *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução: Marsely de Marco Dantas. São Paulo: Edipro.

Machado, Marina Marcondes (2013). Fenomenologia e infância: o direito da criança a ser o que ela é. *Revista de Educação Pública*, vol.22, núm.49, pp.249-264. Disponível em: http://educa.fcc.org.br/scielo.php?pid=S2238-20972013000200003&script=sci_abstract. Acesso em: 05 jun. 2025.

Ministério da Justiça e Segurança Pública (2023). Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Caderno temático de referência*: fundamentos da busca de pessoas desaparecidas e investigação de desaparecimento de pessoas. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/desaparecidos/caderno_tematico_desaparecidos.pdf. Acesso em: 05 jun. 2025.

Ministério da Justiça e Segurança Pública (2025). *Dados da Política Nacional de Busca de Pessoas Desaparecidas*. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/desaparecidos/politica-nacional. Acesso em: 05 jun. 2025.

Oliveira, Assis da Costa (2022). Os direitos de crianças, adolescentes e jovens nas constituições estaduais brasileiras: análise comparativa à luz da doutrina da proteção integral. *Pensar - Revista de Ciências Jurídicas*, vol.27, núm.2. Disponível em: https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/11736. Acesso em: 05 jun. 2025.

Santin, Valter Foleto (2004). *Controle judicial da segurança pública*: *eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.* São Paulo: Revista dos Tribunais

Soares, Luiz Eduardo (2019). *Desmilitarizar: segurança pública e direitos humanos*. São Paulo: Boitempo.

Spaniol, Marlene Inês; Moraes Júnior, Martim Cabeleira; Rodrigues, Carlos Roberto Guimarães (2020). Como tem sido planejada a Segurança Pública no Brasil? Análise dos Planos e Programas Nacionais de Segurança implantados pós-redemocratização. *Revista Brasileira de Segurança Pública,* vol.14, núm.2, pp.100-127. DOI: https://doi.org/10.31060/rbsp.2020.v14.n2.1035. Disponível em: https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/1035. Acesso em: 05 jun. 2025.

Teodoro, Carla Cristina (2020). Criança e adolescente: da invisibilidade social e naturalização da violência à perspectiva da proteção integral. *Humanidades em Perspectivas*, vol.2, núm.4, pp.148-162. Disponível em: https://www.revistasuninter.com/revista-humanidades/index.php/revista-humanidades/article/view/117. Acesso em: 05 jun. 2025.

# ANÁLISE DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS BRASILEIRA E NO REGULAMENTO GERAL SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS EUROPEU EM FACE DOS CRITÉRIOS DE ESPECIAL PROTEÇÃO A GRUPOS VÍTIMAS DE DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL DESENVOLVIDOS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Mônia Clarissa Hennig Leal[1]

Camila Lopes Martins[2]

## 1. Introdução

O fenômeno da discriminação algorítmica afeta principalmente os grupos estruturalmente discriminados, reproduzindo e potencializando preconceitos enraizados na sociedade através do uso de dados enviesados, incorporados

[1] Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. Coordenadora e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. Membro do Conselho Superior (2014-2019) e Coordenadora do Comitê de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS (2022-2024). Coordenadora científica e representante brasileira do grupo de especialistas do *Programa Estado de Derecho para Latinoamerica*, da Fundação Konrad Adenauer, com sede em Bogotá (Colômbia). Membro da Rede ICCAL-Brasil, vinculada ao Instituto Max Planck de Direito Internacional Público e Comparado, de Heidelberg (Alemanha).

[2] Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC, com bolsa modalidade II PROSUC/CAPES. Realizou o segundo semestre do mestrado na Universidade da Coruña, Espanha, com bolsa integral Erasmus KA171 (2024). Especialista em Proteção de Dados: LGPD e GDPR pela Fundação do Ministério Público - FMP (2022). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2021). Integrante do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta" coordenado pela Prof. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal e vinculado ao Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC. Lattes: http://lattes.cnpq.br/732111836779212, ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3000-282X. E-mail: camilalmartins97@gmail.com.

pelo treinamento com dados de baixa qualidade ou com pouca representatividade. Baseando-se em uma atuação de aparente neutralidade, os sistemas de inteligência artificial estão cada vez mais envolvidos em decisões relevantes, como na contratação para vagas de emprego, na definição de clientes para seguros de saúde ou empréstimos bancários.

Diante da necessidade de efetivação de uma especial proteção a esses grupos e considerando-se os *standards* desenvolvidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange aos critérios de especial proteção de grupos em situação de vulnerabilidade e vítimas de discriminação estrutural, questiona-se se e como a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (LGPD) e o Regulamento Geral Sobre a Proteção de Dados da União Europeia (RGPD) incorporam uma noção de discriminação estrutural, adotando critérios diferenciados ou elementos de especial proteção a esses grupos.

Para realização dessa investigação, primeiramente se desenvolverá a contextualização da discriminação algorítmica enquanto reprodutora e potencializadora da discriminação estrutural. Na sequência, serão examinados os critérios de especial proteção, utilizando-se as contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto à compreensão dos parâmetros de especial proteção aos grupos vítimas de discriminação estrutural. Finalmente, se analisará se e como estão presentes os parâmetros de especial proteção aos grupos vulneráveis nas regulações de proteção de dados brasileira e europeia.

## 2. Discriminação algorítimica: a potencialização digital da discriminação estrutural

A discriminação estrutural é verificada na negação de acesso a direitos ou tratamento inferiorizante a grupos historicamente vulneráveis. A vulnerabilidade histórica pode estar atrelada a diferentes fatores, como cor, raça, gênero, etnia, orientação sexual, religião, entre outros e não necessariamente está relacionada ao elemento tempo, mas ao fato de a discriminação estar enraizado na lógica de funcionamento da sociedade. Portanto, trata-se de um fenômeno que se consolida a partir de contextos históricos de assimetria de poder, em que determinados indivíduos têm sido constantemente submetidos a tratamentos

discriminatórios e preconceituosos, que reforçam e perpetuam sua condição de vulnerabilidade social (Ramos 2017: p.692).

Diferentemente de uma discriminação individual, em que certa pessoa é excluída por possuir determinada característica, a discriminação estrutural abrange uma camada mais profunda de desigualdade. Utiliza-se o termo *estrutural* efetivamente pela sua forma de reprodução, baseada em estigmas historicamente enraizados na estrutura da sociedade. Relacionado ao tratamento discriminatório embutido na estrutura social, Almeida (2019: p.25-26) desenvolve a concepção institucional do racismo, que se poderia incorporar para outros tipos de vulnerabilidade. Na discriminação institucional, há uma manutenção das diferenças através de normas e práticas cotidianas de organizações públicas e privadas que prejudicam pessoas negras baseando-se em estigmas preconceituosos.

Os grupos estruturalmente discriminados são compostos por indivíduos que, sistematicamente, enfrentam discriminação e exclusão em diversas esferas da sociedade, nas diferenças de escolaridade, média salarial, cargos de liderança, aprisionamento etc. (Ramos 2017: p.694). Consoante Crestante e Leal (2022: p.20), identifica-se que esses indivíduos compartilham o elemento da vulnerabilidade[3], que *se relaciona com a situação de pessoas submetidas à discriminação, ao preconceito e à desigualdade social*. Essa posição de vulnerabilidade origina-se a partir de relações de assimetria social, sejam elas derivadas de diferenças econômicas, educacionais ou culturais que pressionam um suposto padrão do que é certo e melhor, afastando todos aqueles considerados diferentes (Carmo 2016: p.204).

Identifica-se um cenário de regulamentação em favor da igualdade e da não-discriminação, destacando-se, no contexto internacional, com os artigos 1º e 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que garante o tratamento igualitário, sem distinções discriminatórias (ONU 1948). Assim como no Pacto

[3] Ao abordar-se a terminologia de grupo vulnerável, considera-se o conjunto grupo vulnerável mais minorias, já que grupo vulnerável é gênero, do qual minoria é espécie. Enquanto aquele trata de um grupo de indivíduos que não possuem uma característica cultural ou física que os identifique, esta, por outro lado, diz respeito a um grupo que possui uma característica física ou cultural que os une (Leal; Vargas 2023: p.880).

Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que estabelece, nos artigos 2.1 e 26, a igualdade perante a lei e a proteção contra qualquer forma de discriminação (ONU 1966). Da mesma forma, em âmbito brasileiro, reconhece-se, na Constituição Federal, no artigo 3°, inciso IV, a promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de discriminação. E no artigo 5°, a garantia de que todos, sem distinção, serão tratados como iguais perante a lei (Brasil 1988). Contudo, na prática, essas previsões não têm sido suficientes para interromper o ciclo de perpetuação discriminatória. A realidade contrasta com a ideia de igualdade buscada pelo Estado Democrático de Direito, ao contrário, a pluralidade muitas vezes permanece sendo rejeitada socialmente e faz com que determinados grupos sejam inferiorizados perante os demais, tornando-os vítimas de desigualdade (Siqueira; Castro 2017: p.108).

Logo, garantir um tratamento diferenciado que reconheça a vulnerabilidade desses grupos é necessário para combater os tratamentos prejudiciais, visto que ignorar as diferenças significa abrir margem para uma ampliação da desigualdade (Leal 2007: p.31). Esse tratamento diferenciado depende da atuação do Estado para diminuir as barreiras de acesso aos desiguais, através do que se denomina de discriminação positiva, em que se adotam ações diferenciadas que objetivam igualar os grupos sociais que se encontram em posição de inferioridade. Essa atuação estatal pode se desenvolver por meio de políticas públicas, ações afirmativas ou intervenção federal (Rostelato; Siqueira 2009, p.228).

A preocupação quanto à proteção desses grupos torna-se mais latente diante do avanço de sistemas de inteligência artificial e da sua utilização para tomada de decisões automatizadas, que através do recebimento de dados, muitas vezes contendo enviesamentos, não apenas reproduzem, como potencializam as desigualdades aos grupos estruturalmente discriminados. A discriminação algorítmica se alastra encoberta por um véu de suposta neutralidade e infalibilidade das máquinas, verificando-se que os sistemas de inteligência artificial, em razão da capacidade de processamento de uma infinidade de dados e da autoaprendizagem (*machine learning)*, não possuem instruções para corrigirem os dados que reforçam preconceitos humanos e possuem um campo

fértil para que esses dados enviesados entrem na cadeia de funcionamento do sistema e retroalimentem novas tomadas de decisão (Requião; Costa 2022: p.4).

Nesse sentido, a discriminação algorítmica está intrinsecamente ligada ao funcionamento do sistema de inteligência artificial, principalmente do algoritmo, que é a sua unidade básica de atuação. Todo sistema de inteligência artificial é um *software* que funciona através de algoritmos, que são os códigos de comando que operam através de uma sequência de instruções humanas. Para realização dos comandos, eles utilizam uma base de dados determinada e, de forma automatizada, encontram soluções a um objetivo incialmente estabelecido. Logo, o algoritmo pode ser definido como um procedimento de computador que depende de valores de entrada (*inputs)* para gerar valores de saída (*outputs*), sendo utilizado como ferramenta para resolução de problemas (Maranhão, Abrusio, Almada 2021: p.287).

Acerca das causas que ensejam a discriminação algorítmica, Requião e Costa (2022: p.4) indicam duas possibilidades de origem: i) a discriminação embutida na programação de forma a refletir os preconceitos do humano que a criou e ii) a discriminação proveniente do uso de dados enviesados, ou seja, dados que carreguem informações preconceituosas. Quanto à primeira causa, ainda que exista a possibilidade de autoprogramação algorítmica em certas etapas da cadeia de funcionamento, o início da programação do sistema ainda é feito por seres humanos. Nesse sentido, ainda que não intencionalmente, as opiniões, experiências e, muitas vezes, preconceitos, dos criadores dos sistemas podem ser embutidos em suas criações (Crestane; Leal 2024: p.76).

Com relação à segunda causa, destaca-se que o enviesamento de dados provém tanto de uma coleta de dados tendenciosos, quanto de dados sem representatividade. Quanto aos dados tendenciosos, Bazzi (2023: p.229) indica que a discriminação deriva da interação do *software* com os dados utilizados no processamento, se os dados fornecidos ao sistema forem de baixa qualidade e confiabilidade, o resultado também o será, ou seja, com dados preconceituosos, o resultado que ensejará a decisão automatizada repercutirá a discriminação. Como forma de demonstração a essa origem de discriminação, tem-se o exemplo do robô Tay, que, para seu treinamento de conversação, foi alimentado com dados exclusivamente provenientes do Twitter, atual X, e em menos de 24

horas estava reproduzindo falas machistas, antissemitas e racistas, comumente encontradas nessa rede social (Requião, Costa 2022: p.5).

Com relação ao uso de dados sem representatividade, faz-se referência aos sistemas de inteligência artificial que são treinados com uma base de dados em que determinados grupos encontram-se sub representados ou sobrerepresentados. Esse caso se interliga fortemente com os elementos da discriminação estrutural, em que determinados grupos são marginalizados, tornando-os invisíveis, de forma que suas especificidades sequer são consideradas por aqueles que criam e treinam os sistemas de inteligência artificial (Costa 2021: p.47). Exemplificativamente, tem-se o caso da pesquisadora Joy Buolamwini, que constantemente tinha o seu rosto ignorado pelo sistema de reconhecimento facial da universidade em que estudava, situação que ocorria somente a ela, sendo a única estudante negra da turma. O sistema sequer localizava a presença do seu rosto, tendo em vista a ausência de treinamento da máquina com dados representativos de outras características físicas e étnicas.

## 3. Critérios de especial proteção diante da discriminação estrutural: a contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Ao abordar a proteção à vulnerabilidade, essencial compreender o seu desencadeamento histórico; nesse sentido, verifica-se que, no pós 2ª Guerra Mundial, estabeleceram-se significativas convenções internacionais que buscavam a proteção à vulnerabilidade, principalmente pelo receio de que os horrores vividos durante a Guerra se repetissem, consubstanciando de forma positivada os direitos humanos, que antes possuíam uma existência mais abstrata, inclinada ao jusnaturalismo. A partir desse momento, a preocupação em evitar graves violações desencadeou a produção de documentos voltados à proteção dos direitos humanos, tendo como principal exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, que desenvolve essa concepção de vinculação entre Estados em prol do mesmo fim (Oliveira 2014: p.366).

Além do sistema global de proteção aos direitos humanos, desenvolvido no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), foram criados também

sistemas regionais, de forma a atender com maior objetividade as características e dificuldades específicas de cada região, sendo eles: sistema europeu, africano e interamericano, que passaram igualmente a produzir documentos voltados à proteção dos direitos humanos. Partindo do pressuposto de atuação em conformidade com as necessidades da região, verifica-se, na América Latina, "um elevado grau de desigualdade e exclusão social, além de ser marcado por democracias ainda em fase de consolidação", o que leva o sistema regional interamericano à necessidade de atuação mais enfática nesse enfrentamento da vulnerabilidade (Leal; Vargas 2021: p.673).

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos tem seu aparato institucional dividido entre Comissão (CIDH) e Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Enquanto a Corte possui competência de jurisdição internacional, atuando como guardiã e intérprete principal da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como competência consultiva, a Comissão, por sua vez, tem como atribuição receber e apurar denúncias contra os Estados-membro, entre várias outras atividades (Leal; Lima 2020, p.196). Considerando o cenário de desigualdade vivido na Latinoamérica, a:

> *Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) desponta como pioneira na criação de um emaranhado de medidas pragmáticas de atuação positiva na tutela fático-concreta dos vulneráveis, sempre primando pela maior proteção dos direitos naturais daqueles com características peculiares de vulneração* (Oliveira 2014: p.363).

Portanto, a Corte Interamericana, ainda que frente a constante instabilidade e retrocessos nos Estados da sua região, exerce um papel de impulsionadora de transformações estruturais, principalmente através dos seus *standards,* em que marca sua atuação em prol de uma proteção diferenciada àqueles compreendidos como em situação de vulnerabilidade, tornando-se uma referência na temática (Leal; Vargas 2021: p.674). O reconhecimento da condição de especial vulnerabilidade exige dos Estados, conforme interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos dada pela Corte IDH, uma atenção particular, sob pena de responsabilidade internacional (Saldanha; Bohrz 2017, p.484).

Quanto à nomenclatura de grupos vulneráveis ou estruturalmente discriminados, verifica-se que a Corte não estabelece critérios para definição de uma condição de vulnerabilidade, ao contrário, sua atuação é pautada em uma avaliação fática da situação vivenciada por determinado grupo no caso apresentado, reconhecendo-se a vulnerabilidade em razão das circunstâncias apresentadas e não por categorias previamente fixadas (Leal 2018: p.281). Portanto, ainda que se encontrem decisões fundamentadas em elementos históricos e culturais, a Corte IDH não delimita o que seria a discriminação estrutural. Nesse sentido, tem-se como elemento indicador o posicionamento do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor, no voto apartado do Caso *Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, em que estabelece critérios enunciativos para identificar a ocorrência de discriminação estrutural (Crestane; Leal 2024: p.72).

Com base nos critérios apresentados no mencionado voto, a discriminação estrutural se verifica em grupos: i) que possuam características imutáveis ou que são historicamente discriminados. ii) que se encontram em uma posição sistemática e histórica de exclusão, marginalização ou subordinação que os impede de ter acesso a condições de desenvolvimento. iii) em situação de exclusão, marginalização ou subordinação que se centra em uma zona geográfica ou pode ser generalizada para todo um território. E, ao final, o quarto critério estabelece os grupos iv) que são vítimas de discriminação indireta ou de fato por ações implementadas pelo Estado. Identifica-se assim, a presença dos pontos inicialmente desenvolvidos nesse trabalho, demonstrando a marginalização histórica de determinados grupos que encontram barreiras de acesso à direitos e oportunidades (Corte IDH 2010: p.27).

A respeito da definição de discriminação, a Corte IDH determina, através da Opinião Consultiva nº 17, de 2002, que nem todo tratamento diferenciado atribuído pelo Estado é discriminatório, entendendo-se que um tratamento pode ser apenas distinto, desde que a diferenciação atribuída esteja proporcionalmente alinhada com o objetivo da norma e não seja contrária à justiça, à razão e à natureza das coisas. Ademais, a partir dessa manifestação, extrai-se também o posicionamento da Corte ao que se estabelece como tratamento discriminatório, que é aquele que se distancia da justiça e da razão,

perseguindo fins arbitrários ou despóticos, que impedem a concretização da dignidade da pessoa humana (Corte IDH 2002: p.58-59).

Essa definição é reiterada na Opinião Consultiva nº 18, de 2003, que conceitua a discriminação como um tratamento inadmissível que causa exclusão, restrição e que viola direitos humanos. Nesse sentido, tem-se a manifestação da Corte IDH, afirmando que *[e]n función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio* (Corte IDH 2003: p.111). Reforça-se, assim, uma intrínseca conexão entre o direito à igualdade e à não discriminação que acarreta uma dupla obrigação aos Estados-parte, uma obrigação negativa, que impede a inclusão de conteúdo discriminatório nos regramentos jurídicos e uma obrigação positiva, que exige que os Estados retirem regramentos internos discriminatórios e principalmente, que atuem em prol da garantia desses direitos (Crestane; Leal 2024: p.132).

Importante destacar, ainda, que a Corte IDH diferencia os conceitos de *distinção* e de *discriminação*, sendo o primeiro compatível com a Convenção Interamericana, desde que siga critérios razoáveis e proporcionais, ao que se denomina *discriminação positiva*, visto que utiliza tratamentos distintos com o objetivo de equilibrar o contexto desigual existente. O segundo conceito está, por sua vez, relacionado à violação de direitos humanos, pois configura tratamentos que objetivam excluir ou restringir direitos, logo, incompatível com o regramento e intolerável pela Corte IDH (Leal; Franco 2025: p.286-288).

No que tange à interpretação dos *standards* da Corte IDH para aplicação ao fenômeno da discriminação algorítmica, verifica-se a concepção de um dever de proteção especial aos grupos em situação de vulnerabilidade, que é uma consequência da obrigação positiva do Estado, consoante analisado na Opinião Consultiva nº 18 de 2003 (Corte IDH 2003). Através desse *standard*, entende-se que todas as ações e omissões do Estado devem pautar-se pela garantia do direito à igualdade e não-discriminação, o que infere uma necessidade de supervisão do Estado para que nenhum de seus órgãos ou, ainda, que os particulares, agindo sob sua tolerância, negligência ou permissão, atuem de forma discriminatória (Crestane; Leal 2024: p.133).

Outro elemento reforçado nos posicionamentos da Corte IDH diz respeito à diferenciação de tratamentos discriminatórios e tratamentos distintos, com a permissibilidade destes últimos, desde que alinhados ao propósito da Convenção (Lima, Leal 2021: p.85). Nesse sentido, ao abordar o campo tecnológico, verifica-se a necessidade uma proteção especial e, portanto, distinta, àqueles grupos que são estruturalmente discriminados, de maneira a possibilitar uma equiparação aos demais. Retoma-se a ideia inicialmente apresentada de um tratamento desigual aos desiguais, para permitir o alcance ao direito à igualdade real.

## 4. Previsão de critérios de especial proteção dos grupos vulneráveis e vítimas de discriminação estrutural nas legislações de proteção de dados brasileira e europeia

A partir das construções desenvolvidas nos itens anteriores, identificou-se que o potencial lesivo da discriminação algorítmica está fortemente conectado com os dados fornecidos aos algoritmos para funcionamento dos sistemas de inteligência artificial. A partir desse cenário e da construção de um dever de proteção especial aos grupos estruturalmente discriminados, importa analisar se elementos diferenciados de proteção são previstos no regramento de proteção de dados brasileiro e no europeu, a fim de constatar-se a aplicação fática de noções protetivas a esses grupos, numa perspectiva que associa a discriminação algorítmica à discriminação estrutural.

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, a seguir LGPD, dispõe sobre o tratamento de dados de pessoas naturais, com o fundamento de garantir a proteção de direitos, como a liberdade de expressão e a privacidade, conforme previsão do artigo 2º e seus respectivos incisos (Brasil 2018). Identifica-se na LGPD um forte caráter conceitual, ao buscar estabelecer critérios para toda a estrutura regulatória, evitando margens de interpretação. E principiológica, pois estabelece que, para haver a legitimidade de um tratamento de dados, é necessário que esteja amparado em uma base legal, e de acordo com todos os princípios norteadores da proteção de dados, os dois critérios simultaneamente, conforme artigos 6º e 7º da LGPD (Mulholland 2018: p.162).

Na investigação dos conceitos apresentados pela LGPD, verifica-se que a lei não aborda de forma específica os grupos vulneráveis ou grupos estruturalmente discriminados. Todavia, para garantir os direitos à igualdade e à não discriminação, há uma diferenciação conceitual dos tipos de dados, determinando as classificações entre dado pessoal e dado pessoal sensível. Essa diferenciação deve-se ao fato de que os dados sensíveis, que são aqueles referentes à orientação sexual, religião, origem racial ou étnica, entre outros, são historicamente utilizados para fins discriminatórios. Em razão do seu alto potencial de utilização para violação de direitos fundamentais, é prevista uma proteção diferenciada quanto às bases legais atribuíveis, ao nível de consentimento e a restrição do rol de exceções (Monteiro 2021: p.11).

Uma das principais consequências da classificação especial dos dados está no rol de bases legais que deverá ser respeitado para ter o tratamento considerado como legítimo. Isto é, se a operação realizada envolver somente a utilização de dados pessoais simples, o tratamento deverá observar uma das hipóteses previstas no artigo 7º da LGPD para garantir a sua legitimidade. Contudo, se o tratamento envolver dados sensíveis, deverá respeitar o rol taxativo do artigo 11 da LGPD. Com relação às bases legais previstas nos dois artigos, identificam-se singularidades, considerando-se o grau de proteção diferenciado que a legislação atribui aos dados sensíveis (Tasso 2024: p.150).

No que tange à análise de previsões que afetam os grupos estruturalmente discriminados, ressalta-se o direito previsto no artigo 20 da LGPD, que faz referência ao processo automatizado de tomada de decisão baseada em perfis, estabelecendo que o titular dos dados poderá solicitar a revisão das decisões que definam o seu perfil. Considerando-se que essas decisões automatizadas ocorrem vinculadas a predições de comportamentos, baseando-se em probabilidades estatísticas de indivíduos avaliados como semelhantes, a Lei prevê o direito de revisão dessas decisões, para que não se perpetuem discriminações ilícitas ou abusivas (Mendes 2019: p.51).

Quanto ao conteúdo do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados europeu, a seguir RGPD, verifica-se que, com relação aos grupos estruturalmente discriminados e o seu caráter de vulnerabilidade, o RGPD não contém uma definição explícita de titulares de dados vulneráveis, possuindo apenas sutis

referências nos considerandos 75 e 85 do Regulamento. Ressalta-se que os chamados considerandos ficam localizados no início do texto do regulamento e servem para contextualizar todas as demais disposições legais previstas (Malgieri; Niklas 2020: p.6).

O Considerando 75 do RGPD estabelece a necessidade de uma interpretação do regramento pesando os riscos que podem ser gerados aos direitos e liberdades do titular, como a ocorrência de roubo de identidade, discriminação e perdas financeiras, principalmente quando se tratar de dados de pessoas vulneráveis, destacando o caso particular das crianças, sem indicar precisamente quem seriam os demais vulneráveis. Por sua vez, o Considerando 85 ressalta as consequências de um tratamento de dados que viole as medidas protetivas, potencialmente resultando na restrição de direitos, na discriminação, entre outros. Ao final, determina a necessidade do responsável pelo tratamento dos dados em comunicar o titular diante da ocorrência de violação aos seus dados.

Ademais, quanto à proteção dos dados de indivíduos de grupos estruturalmente discriminados, ainda que de forma indireta, identifica-se que o RGPD estabelece uma categoria especial de dados em seu artigo 9º, sendo, em princípio, proibido o tratamento de dados pertencentes a uma categoria especial, tendo-se em vista o alto risco que apresentam quanto à garantia dos direitos fundamentais aos seus titulares, já que possuem potencial discriminatório. Ademais, o RGPD prevê uma série de princípios que são a base de interpretação e atuação para todo o regramento, essa determinação pode ser constatada com o princípio da licitude (artigo 5º, nº 1, “a”), que exige que todo tratamento de dados seja amparado em pelo menos uma base legal prevista no artigo 6º do RGPD e que esteja em conformidade com os princípios trazidos no regramento (Sarkis 2020: p.138).

Acerca das decisões automatizadas, o artigo 22, nº 1 do RGPD estabelece a regra de que o titular dos dados tem o direito de não ficar sujeito a nenhuma decisão tomada exclusivamente com base em tratamento automatizado, incluindo a definição de perfis que afetem a sua esfera jurídica ou significativamente de alguma forma similar (União Europeia 2016). Ademais, nas exceções previstas em lei em que o titular dos dados não pode negar-se ao tratamento automatizado, o RGPD obriga a adoção de medidas adequadas para

proteger os interesses do titular, como o direito de exigir uma intervenção humana pelo responsável do tratamento e o direito de contestar a decisão, conforme o artigo 22, nº 3 do RGPD (União Europeia 2016).

## 5. Conclusão

Identifica-se um campo fértil para reprodução e potencialização da discriminação estrutural, em termos técnicos, diante do avanço tecnológico e da possibilidade do alto processamento de dados, e em termos sociais, tanto em razão de uma visão ilusória das máquinas como elementos objetivos e infalíveis, como pela estrutura social que perpetua preconceitos históricos contra determinados grupos. O contexto algorítmico acrescenta camadas mais complexas e de difícil identificação ao cenário da discriminação estrutural, originada pela extensão dos preconceitos dos seus idealizadores ou pelos dados de baixa qualidade, e pouca representatividade, que são injetados nesses sistemas.

Utilizando-se do conteúdo desenvolvido pela Corte IDH, considerando-se o seu papel de referência frente à discriminação de grupos em situação de vulnerabilidade, verifica-se a necessidade de proteção diferenciada a esses grupos, que interpretativamente poderia ser estendida ao cenário da discriminação algorítmica, tendo em vista as semelhanças na sua ocorrência. A partir dos *standards* analisados, verifica-se uma dupla obrigação dos Estados, tanto negativa, em retirar regramentos discriminatórios, quanto positiva, em supervisionar e proibir a ocorrência de tratamentos discriminatórios, garantindo ainda a possibilidade de tratamentos diferenciados, desde que em consonância com os direitos humanos e que objetivem a compensação das diferenças sociais.

Com relação à existência de critérios de especial proteção na LGPD e no RGPD, ainda que nenhum dos dois regramentos conceitue grupos vulneráveis, ou estruturalmente discriminados, verifica-se a preocupação quanto à utilização dos dados para fins discriminatórios. Todavia, em termos práticos, as duas legislações se restringem em diferenciar os dados que possuem um alto potencial discriminatório em uma categoria especial de dados, conforme denominado no RGPD, e em dados sensíveis, conforme previsão da LGPD. No âmbito do regramento europeu, a categorização de um dado como especial, em

regra, proíbe o seu tratamento, estabelecendo assim uma proteção mais rígida. No âmbito brasileiro, a definição dos dados como sensíveis determina um rol de bases legais diferentes, assim como a distinção no nível de manifestação de consentimento, que, em se tratando de dados sensíveis, deve ser específico, destacado e ter as finalidades detalhadas.

Ao fim, constata-se que tanto a LGPD quanto o GDPR, embora avancem na proteção de dados pessoais e contemplem a vedação à discriminação, ainda carecem de uma abordagem mais profunda e estrutural quanto às formas de discriminação algoritmicamente reproduzidas. Em contraste, os *standards* da Corte IDH oferecem parâmetros mais robustos ao reconhecer a existência de uma discriminação estrutural e a necessidade de proteção especial a grupos vulnerabilizados, preocupação não detalhada nos regramentos analisados.

## 6. Referências


Almeida, Silvio (2019). *Racismo estrutural.* São Paulo: Pólen.

Bazzi, Djeymes Amélio de Souza (2023). Tratamento de dados pelo algoritmo: Evidência de um novo agente Discriminador nos processos de Seleção e recrutamento das empresas. Em: Colombo, Cristiano; Engelmann, Wilson (org.). *Novas tecnologias e o princípio da Centralidade da pessoa humana*. São Leopoldo: Casa Leiria.

Brasil (1988). [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2024.

Brasil (2018). [Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (2018)]. *Lei nº 13.709/18.* Brasília, DF: Presidência da República, 14 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 13 out. 2024.

Carmo, Cláudio Márcio do (2016). Grupos minoritários, grupos vulneráveis e o problema da (in)tolerância: uma relação linguístico-discursiva e ideológica entre o desrespeito e a manifestação do ódio no contexto brasileiro. *Revista do*

*Instituto de Estudos Brasileiros*, 64, pp.201-203. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rieb/a/gjKScQCrZpKtyM6mHz7S38g/abstract/?lang=pt#. Acesso em: 12 maio 2025.

Corte Interamericana De Direitos Humanos (2003). *Opinión Consultiva OC-18/2003 de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* San José da Costa Rica. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf. Acesso em: 04 out. 2024.

Costa, Inês da Silva (2021). A proteção da pessoa na era dos big data: a opacidade do algoritmo e as decisões automatizadas. *Revista Eletrônica de Direito,* núm.1, vol.24. pp.34-82. Disponível em: https://cij.up.pt/pt/red/edicoes-anteriores/2021-nordm-1/a-protecao-da-pessoa-na-era-dos-big-data-a-opacidade-do-algoritmo-e-as-decisoes-automatizadas/. Acesso em: 15 jul. 2024.

Crestane, Dérique Soares; Leal, Mônica Clarissa Hennig (2022). Grupos em situação de vulnerabilidade x discriminação algorítmica: há um Dever de Proteção Estatal? *Seminário Internacional Estado, Regulação e Transformação Digital*, vol.1, núm.01, pp.16-29. Disponível em: https://periodicos.univel.br/ojs/index.php/siert/article/view/208. Acesso em: 11 maio 2025.

Crestane, Dérique Soares; Leal, Mônia Clarissa Hennig (2024). *Discriminação algorítmica e Discriminação estrutural.* São Paulo: Tirant lo Blanch.

Leal, Mônia Clarissa Hennig (2007). *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática* - Uma abordagem a partir das teorias Constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Leal, Mônia Clarissa Hennig (2018). Derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación e interseccionalidad en la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Em: Arroyo, César Landa (ed.). *Derechos fundamentales: actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*. Lima: Palestra, pp.271-291.

Leal, Mônia Clarissa Hennig; Franco, Felipe (2025). Protección de grupos vulnerables, discriminación estructural e interseccionalidad desde la perspectiva

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Em: Leal, Mônia Clarissa Hennig; Rank, Hartmut; Franco, Felipe (orgs.). *La protección de grupos vulnerables y la superación de la discriminación estructural.* Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, pp.281-322.

Leal, Mônia Clarissa Hennig; Lima, Sabrina Santos (2017). A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange a grupos em situação de vulnerabilidade: Análise da Opinião Consultiva 24/2017. *Revista Ius et Veritas,* 61, pp.194-205.

Leal, Mônia Clarissa Hennig; Vargas, Eliziane Fardin de (2021). Ius Constitucionale Commune na América Latina: a Corte Interamericana de Direitos Humanos como instrumento de fixação de standards protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol.11, núm.2.

Lima, Sabrina Santos; Leal, Mônia Clarissa Hennig (2021). O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Proteção de Minorias e de Grupos Vulneráveis. *Revista de Direito Brasileira*, vol.29, núm.11, pp.144-163. Acesso em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6774. Disponível em: 9 jul. 2024.

Malgieri, Gianclaudio; Niklas, Jędrze (2020). Vulnerable data subjects. *Computer Law & Security Review,* vol.37. Disponível em: https://www.sciencedirect.com /science/article/pii/S0267364920300200. Acesso em: 02 out. 2024.

Maranhão, Juliano; Abrusio, Juliana; Almada, Marco (2021). *Inteligência Artificial e o Direito: duas perspectivas*. São Paulo: Universidade de São Paulo.

Mendes, Laura Schertel (2019). A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: um modelo de aplicação em três níveis. Em*:* Souza, Carlos Affonso; Magrini, Eduardo; Silva, Priscila (coords). *Lei Geral de Proteção de Dados.* São Paulo: ed. RT, pp.35-56.

Monteiro, G. Ornelas (2021). Instrumentos de Reconhecimento Facial e os Contornos da Lei Geral de Proteção de Dados Ante a Privacidade nas Cidades (In)Inteligentes. *Revista de Direito e Atualidades,* vol.1, núm.1. Disponível em:

https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/5220. Acesso em: 5 nov. 2024.

Mulholland, Caitlin Sampaio (2018). Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, vol.19, núm.3, pp.159-180. Disponível em: https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1603. Acesso em: 5 nov. 2024.

Oliveira, Eduardo Teles (2014). Vulnerabilidade na ótica da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH): aporte necessário para a humanização do homem na sociedade contemporânea. *Doutrina-Revista da Ejuse*, 20, pp.363-383.

Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO (1948). *Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras*. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ConvencaoSalvaguarda.pdf. Acesso em: 3 maio 2025.

Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO (1966). *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf. Acesso em: 12 maio 2025.

Ramos, André de Carvalho (2018). *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva Educação.

Requião, Maurício; Costa, Diego (2022). Discriminação algorítmica: ações afirmativas como estratégia de combate. *Civilistica.com,* vol.11, núm.3, pp.1-24. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/804. Acesso em: 10 maio 2025.

Rostelato, Telma Aparecida; Siqueira, Dirceu Pereira (2010). Inclusão social, processo coletivo e minorias no ordenamento jurídico brasileiro. *Direito e Humanidades,* 16. Disponível em: https://www.seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/878. Acesso em: 10 maio 2025.

Saldanha, Jânia Maria Lopes; Bohrz, Clara Rossatto (2017). A vulnerabilidade nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH): impacto

nas políticas públicas e no modelo econômico dos Estados. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*.

Sarkis, Vicência (2021). Dados Sensíveis, Tecnologias e a Covid-19 Face ao Direito. *Revista Ibérica do Direito,* vol.1, núm.2, pp.136-148. Disponível em: https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/11. Acesso em: 5 nov. 2024.

Siqueira, Dirceu Pereira; Castro, Lorenna Roberta Barbosa (2017). Minorias e Grupos Vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE),* vol.5, núm.1, pp.105-122. Disponível em: https://portal.unifafibe.com.br:443/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/219. Acesso em: 3 maio 2025.

Tasso, Fernando Antonio (2024). *Sistemas regulatórios de dados pessoais: a concretização dos direitos humanos na economia digital pela responsabilidade civil.* Indaiatuba, SP: Foco. E-book. Disponível em: https://plataforma.bvirtual.com.br. Acesso em: 30 out. 2024.

União Europeia (2016). *Regulamento Geral de Proteção de Dados.* Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679. Acesso em: 10 out. 2024.

# A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E NO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Maira Carolina Petry[1]

Rosana Helena Maas[2]

## 1. Introdução

A justiciabilidade do direito humano e social à saúde é objeto de controvérsia tanto no Sistema Europeu de Direitos Humanos (SEDH), quanto no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) –ainda que neste último o

[1] Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-Graduada em Direito e Processo Penal pela Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2023), com bolsa integral PROUNI e com bolsa de Iniciação Científica pelo CNPq (2022). Integrante do Grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional instrumentos teóricos e práticos, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal, e do grupo de estudos Espectros dos direitos fundamentais sociais, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dra. Rosana Helena Maas. Colaboradora no projeto de pesquisa *A judicialização da saúde na Corte IDH: mapeamento dos critérios interpretativos e dos standards protetivos e sua interrelação com os grupos em situação de vulnerabilidade*. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7046723198560385. Orcid: https://orcid.org/0009-0000-3428-998X. E-mail: mairacarolinapetry@hotmail.com.

[2] Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2009), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2011), Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Doutorado sanduíche pela Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts und Staatswissenschaftliche Fakultät, Alemanha (2016). Pós-doutorado pela Paris Lodron Universität Salzburg, Áustria (2018) e pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS, Brasil. Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, RS. Integrante do grupo de estudos *Jurisdição Constitucional aberta* (CNPQ), coordenado pela Profa. Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. Coordenadora do grupo de estudos *Espectros dos direitos fundamentais sociais* (CNPQ). Autora de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. Advogada. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2204113976797800. Orcid: 0000-0002-9930-309X. E-mail: rosanamaas@unisc.br.

reconhecimento da autonomia do direito à saúde esteja consolidado–, sendo que em ambos os sistemas é possível identificar o emprego de técnicas e estratégias interpretativas com o fim de promover a proteção desse direito pelos órgãos jurisdicionais, seja de forma direta, ou de maneira indireta.

Dessa forma, o presente trabalho tem como foco a temática da judicialização do direito à saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), na pretensão de investigar como ocorre a proteção do direito à saúde nos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos.

Nesse contexto, pretende-se responder à seguinte problemática de pesquisa: considerando a sistemática da proteção do direito à saúde nos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos, é possível identificar conexões e contrapontos na sua proteção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos?

Para dar conta de responder ao questionamento proposto, tem-se como objetivos específicos: pesquisar o direito à saúde e sua salvaguarda no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, após, no Sistema Europeu de Direitos Humanos, a fim de se responder a problemática instada neste ensaio.

Considerando-se que o trabalho é de natureza bibliográfica, o método de abordagem a ser adotado no seu desenvolvimento será o hermenêutico. Como método de procedimento, no que concerne à análise da jurisprudência da Corte IDH e do TEDH, utiliza-se o analítico. Em termos de técnica da pesquisa, recorre-se à documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias, tais como: revistas especializadas na área da pesquisa, livros, Cadernos de Jurisprudência da Corte IDH etc., além de consulta ao acerco da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade da Corunha.

A relevância do trabalho é aparente pela necessidade de se verificar como os Tribunais dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos, especificamente o interamericano e o europeu, têm se posicionado em relação à proteção do direito à saúde. Ainda, justifica-se esta pesquisa sob o aspecto da relação entre a situação de vulnerabilidade e o acesso aos direitos fundamentais sociais, nesse caso, especificamente, o direito à saúde, sob a perspectiva de que,

possivelmente, a violação do direito à saúde ocorre majoritariamente tendo como vítimas grupos em situação de vulnerabilidade, na medida em que estes dependem do Estado para acessar a saúde, sendo que, muitas vezes, a prestação desse serviço público mostra-se deficitária.

## 2. Justiciabilidade do direito à saúde na Corte IDH e suas fases

Os direitos sociais, dos quais faz parte o direito à saúde, possuem previsão apenas no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que dispõe que os Estado devem efetivar os direitos de ordem econômica, social e cultural de forma progressiva (Organização dos Estados Americanos, 1969), sendo que *a CADH* –em seu artigo 2º– *designa a adoção de previsões legislativas como meio importante para a sua proteção* (Bosa; Maas 2021: p.262), mesmo que a norma não deixe claro qual o conteúdo e o alcance dos direitos mencionados (Mudrovitsh 2023).

Nesse sentido, a ausência de previsões acerca dos direitos sociais, bem como a existência da discussão acerca da sua justiciabilidade, é motivada pelo caráter prestacional que possuem os direitos sociais, destacando-se que:

> *(…) a discussão que permeia a justiciabilidade dos direitos sociais, no que se destina ao tratamento que é deferido aos direitos civis e políticos e não aos Descas, está embasada, sem excluir outros aspectos, na aplicação de recursos financeiros para efetivação de direitos, que deveriam, sob esse prisma, serem criados e concretizados de maneira progressiva* (Bosa; Maas 2023, p.5).

Dessa forma, em razão da progressividade desses direitos, entendia-se que não era possível a justiciabilidade direta dos direitos sociais junto à Corte IDH, sendo de grande relevância a construção jurisprudencial que culminou no reconhecimento da autonomia e possibilidade de judicialização direta dos direitos econômicos, sociais e culturais (DESCA) com o caso Lagos del Campo vs. Peru em 2017, e especificamente do direito à saúde, com o caso Poblete Vilches e outros vs. Chile em 2018.

Observa-se, portanto, que na Corte IDH a forma de proteção do direito à saúde pode ser dividida em dois momentos distintos: até 2018 (indireta) e após 2018 (direta), aqui, quando houve uma mudança de paradigma quanto à justiciabilidade do direito à saúde com o caso Poblete Vilches e outros vs. Chile (2018), em que foi reconhecida a possibilidade de judicialização direta desse direto em decorrência do artigo 26 da CADH (Bosa; Maas 2023).

Na fase indireta, a proteção ocorria de três formas distintas, de acordo com a doutrina de Piovesan (2011): sob o argumento da dimensão positiva do direito à vida, da aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais ou da proteção indireta dos direitos sociais mediante a proteção de direitos civis e políticos. Já Burgorgue-Larsen (2019) menciona que a proteção da Corte IDH ao direito à saúde se dá por várias estratégias, quais sejam, a proteção indireta, através de direitos civis e políticos; a proteção específica, reconhecida no Protocolo de San Salvador; e a proteção originária, a partir do reconhecimento da justiciabilidade do artigo 26 da CADH.

Na fase da proteção indireta, verifica-se que a Corte IDH utilizava-se da técnica da conexão, tanto com os direitos substantivos, como os direitos à vida e à integridade física, quanto com os direitos procedimentais, como os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial (Burgorgue-Larsen 2019), sendo que essa proteção indireta por conexão com outros direitos era possível em razão do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos (Mudrovitsh 2023). Além disso, outro argumento utilizado era o da existência de uma dimensão positiva dos direitos, que, no caso do direito à vida, por exemplo, obrigava os Estados a garantir condições mínimas para uma vida digna (Marino; Carvalho; Conci 2022).

A fase da proteção indireta do direito à saúde assume especial relevância no reconhecimento da justiciabilidade autônoma desse direito, na medida em que permitiu a construção de uma jurisprudência na qual o entendimento sobre a temática foi evoluindo e culminou na abertura da fase da proteção direta com a sentença proferida no caso Poblete Vilches e outros vs. Chile em 2018.

Nesse sentido, mencionam-se os casos Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai (2005), Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai (2006), Ximenes Lopes vs. Brasil (2006), Albán Cornejo e outros vs. Equador (2007),

Furlan e Familiares vs. Argentina (2012), Artavia Murillo e outros ("Fecundação In Vitro") v. Costa Rica (2012), Suárez Peralta vs. Equador (2013), Gonzales Lluy e outros vs. Equador (2015), Chinchilla Sandoval vs. Guatemala (2016) e I.V. vs. Bolívia (2016) (Marino; Carvalho; Conci, 2022) como importantes precedentes no caminho rumo à justiciabilidade direta do direito à saúde na Corte IDH.

Destaca-se a importância do diálogo entre os Magistrados da Corte IDH em seus votos para a proteção dos direitos sociais de forma autônoma, que argumentaram que a proteção indireta *não atribuía efetividade à consagração do direito à saúde e não esclarecia, com precisão, quais são as obrigações estatais em relação a essa garantia* (Mudrovitsh 2023: p.96).

Assim, em 2018, com a sentença do caso Poblete Vilches e outros vs. Chile, reconheceu-se, pela primeira vez, a competência da Corte IDH para julgar um caso envolvendo o direito à saúde de forma autônoma e direta, sem a necessidade de conexão com outros direitos previstos expressamente na CADH.

Nesse caso, que se referia à morte de um idoso, decorrente de omissão médica, e à realização de intervenções cirúrgicas sem o consentimento da vítima ou de seus familiares, além do reconhecimento da justiciabilidade direta e autônoma do direito à saúde, foram fixados importantes padrões em matéria de direito à saúde, sendo observado que o artigo 26 da CADH impõe aos Estados a tomada de medidas progressivas e imediatas, e que devem ser satisfeitos os critérios de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade na prestação dos serviços de saúde (Corte IDH 2018).

No que concerne à justiciabilidade do direito à saúde de forma autônoma, a Corte IDH reiterou seu entendimento proferido anteriormente no caso Lagos del Campo vs. Peru (2017), ressaltando:

> *(…) la interdependencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí* (Corte IDH 2018: p.31).

Além disso, restou estabelecido que os serviços de saúde devem ser prestados sem qualquer discriminação, e que os mesmos devem ser supervisionados e fiscalizados pelos Estados, consolidando-se, ainda, parâmetros relativos à prestação dos serviços de saúde a pessoas idosas, que são sujeitos de direitos especiais, necessitando uma proteção reforçada (Corte IDH 2018).

Ainda sobre o direito à saúde, a Corte de San José assentou na sentença do caso Poblete Vilches e outros vs. Chile, que:

> *(…) Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral* (Corte IDH 2018: p.39).

Ao analisar a sentença proferida no caso Poblete Vilches e outros vs. Chile, Marino, Carvalho e Conci (2022) apontam que:

> *(…) a proteção direta dos direitos sociais se revela necessária para a plena efetivação de direitos básicos, como é o caso da saúde, notadamente no contexto de intensas desigualdades da América Latina.*

Sendo a decisão considerada paradigmática, inaugurando a fase da proteção direta do direito à saúde, em que se busca dar maior efetividade à promoção desse direito no contexto latino-americano.

Em continuidade, desde o reconhecimento da justiciabilidade direta do direito à saúde, a Corte IDH já enfrentou a temática em catorze casos, sendo eles: Poblete Vilches e outros vs. Chile (2018); Cuscul Pivaral e outros vs. Guatemala (2018); Hernández vs. Argentina (2019); Guachalá Chimbó e outros vs. Equador (2021); Buzos Miskitos vs. Honduras (2021); Vera Rojas e outros vs. Chile (2021); Manuela e outros vs. El Salvador (2021); Valencia Campos e outros vs. Bolívia (2022); Britez Arce e outros vs. Argentina (2022); Rodriguez Pacheco e outra vs. Venezuela (2023); Habitantes de La Oroya vs. Peru (2023); Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane vs. Ecuador (2024); Adolescentes Recluidos

en Centros de Detención e Internación Provisoria del Servicio Nacional de Menores (SENAME) vs. Chile (2024); e Beatriz e outros vs. El Salvador (2024)[3].

A partir dos casos supramencionados, é possível verificar, antes mesmo de uma pesquisa mais aprofundada, que a proteção do direito à saúde se dá principalmente com relação a grupos em situação de vulnerabilidade, como os idosos, as mulheres, as crianças e os adolescentes e as pessoas privadas de liberdade.

E como se verá no tópico seguinte, que estuda a proteção do direito à saúde pelo TEDH, no âmbito europeu também identifica-se uma provável relação entre os grupos em situação de vulnerabilidade e as violações ao direito à saúde, entretanto, as normas e mecanismos de proteção estão dispostos de forma distinta da que se opera no contexto interamericano.

## 3. Direito à saúde no Tribunal Europeu de Direitos Humanos: proteção indireta e estratégias interpretativas

Por outro lado, o SEDH possui uma formação distinta do SIDH, uma vez que optou por criar dois tratados separados para dispor sobre os direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU): o Convênio Europeu de Direitos Humanos (CEDH), que trata dos direitos civis e políticos[4] e cujo mecanismo de controle é o TEDH, e a Carta Social Europeia (CSE), que dispõe sobre os direitos sociais e tem como instituição de controle o Comitê Europeu de Direitos Sociais (CEDS) (Brillat, 2014).

Dessa forma, da análise da literalidade das normas supramencionadas, o TEDH não teria competência para se pronunciar sobre eventuais violações ao direito à

[3] Aponta-se que esses casos foram obtidos através da pesquisa realizada no banco de dados da jurisprudência da Corte IDH utilizando-se a combinação dos termos *salud* e *artículo 26*, além dos filtros de tipo de documento (*sentencia*) e *fecha* (2018 a 2024), chegando-se a 169 (cento e sessenta e nove) decisões, das quais, 14 (catorze) dispõe sobre a violação ao direito à saúde previsto no artigo 26 da CADH.

[4] Com exceção do direito de associação, previsto no artigo 11 do Convenio, e do direito à educação, previsto no artigo 2 do Protocolo adicional nº 1 (Cuenca 2024).

saúde, previsto no CSE, todavia, em razão da ineficácia da atuação do CEDH, órgão perante o qual não é possível demandar individualmente, o Tribunal de Estrasburgo tem atuado também na proteção de direitos sociais, como o já mencionado direito à saúde, no entanto, de forma indireta, sendo que:

> *(…) la regla es la inadmisión de demandas basadas en derechos sociales no reconocidos expresamente, pero, a pesar de ello, se ha otorgado cierta eficacia a algunos de estos derechos a través de diversas técnicas de protección indirecta* (Cuenca 2024: p.666).

Como exemplo da proteção indireta realizada pelo TEDH, é possível mencionar o caso Center of Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu vs. Romania (2014), que retrata uma situação de negligência médica que ocasionou a morte de um menor deficiente que não recebeu cuidados suficientes e o tratamento adequado para sua enfermidade, sendo reconhecido, na ocasião, a violação dos direitos à vida e à um recurso efetivo, previstos nos artigos 2 e 13 do CEDH[5], respectivamente (Hernández 2018).

Outrossim, para a ampliação do alcance dos direitos previstos no CEDH, o TEDH se utiliza de duas técnicas hermenêuticas, quais sejam, o reconhecimento de uma dimensão prestacional dos direitos civis e políticos e a adição do conteúdo dos direitos sociais ao conteúdo dos direitos civis e políticos (Alberdi 2014), recorrendo a instrumentos normativos como a CSE e a textos adotados no âmbito do Conselho da Europa para proteger os direitos sociais (Gómez 2019).

---

[5] *Art. 2. Derecho a la vida.*

*1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.*

*2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.*

*[...] Art. 13. Derecho a un recurso efectivo Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.* (Conselho da Europa 1950: pp. 6 e 13).

Assim, constata-se que a judicialização do direito à saúde junto ao Tribunal de Estrasburgo se dá de forma indireta, sendo possível identificar diversas estratégias adotadas para a sua proteção, dentre as quais aponta-se: por meio do reconhecimento de uma dimensão prestacional dos direitos de liberdade (Alberdi 2014); atribuindo um conteúdo social aos direitos civis e políticos (Gómez 2019); e a partir das obrigações positivas do Estado (Cuenca 2017); sendo possível, ainda, a combinação dessas técnicas.

Nesse sentido, a proteção indireta do direito à saúde ocorre através de outros direitos, como os direitos à vida (artigo 2 do CEDH), à integridade pessoal (artigo 3 do CEDH), à proteção da vida privada, pessoal e familiar (artigo 8 do CEDH) e à igualdade (artigo 14 do CEDH), haja vista que o Convênio não reconheceu o direito à saúde como um direito autônomo (De la Cueva 2019).

Assim estão dispostos os artigos supramencionados:

> *ARTÍCULO 2. Derecho a la vida*
>
> *1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.*
>
> *2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:*
>
> *a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima;*
>
> *b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente*
>
> *c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.*
>
> *ARTÍCULO 3. Prohibición de la tortura*
>
> *Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.*
>
> *(…) ARTÍCULO 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar*

*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

*(…) ARTÍCULO 14. Prohibición de discriminación*

*El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación* (Conselho da Europa 1950: pp.6-13).

Além disso, a atuação do TEDH em demandas que envolvam a justiciabilidade indireta do direito à saúde tem ocorrido, notadamente, em casos que envolvam negligência médica, bioética, meio ambiente, imigrantes, pessoas privadas de liberdade e saúde mental (Hernández 2018), o que demonstra uma tendência do Tribunal em não se manifestar de forma ampla sobre as matérias de direito à saúde, elegendo determinadas temáticas a partir das quais externa seu entendimento.

Nesse mesmo sentido, Cuenca (2024: pp.669-670) salienta que o TEDH está inclinado a reconhecer a violação indireta de um direito social em alguns casos, como:

*(…) a) cuando se han producido unos daños que son responsabilidad directa del Estado; b) cuando se trata de personas que se encuentran bajo la custodia del Estado, como la población reclusa, y c) cuando se trata de personas especialmente vulnerables, como las minorías étnicas o las personas con discapacidad.*

Também, é possível identificar de antemão, que a proteção do direito à saúde no TEDH, ainda que ocorra de forma indireta, tem uma provável inter-relação com a proteção de grupos em situação de vulnerabilidade, como imigrantes e pessoas privadas de liberdade (Gómez 2019), o que evidencia que as falhas na prestação do direito à saúde ocorrem de forma mais grave às pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, as distanciando substancialmente de uma atenção médica de qualidade.

Em relação aos casos em que houve a proteção indireta do direito à saúde pelo Tribunal de Estrasburgo, a pesquisa toma por base principalmente as fichas temáticas de sua jurisprudência[6] sobre o direito à saúde, que trazem um compilado sobre os casos mais relevantes sobre a matéria, com ênfase em assuntos sobre os quais o Tribunal tem conferido maior atenção, como as pessoas privadas de liberdade, saúde mental, pessoas com deficiência e direitos reprodutivos, focando-se a busca em decisões proferidas no período de 2018 a 2024.

Dessa forma, verifica-se que ainda que no contexto europeu tenha ocorrido uma distinção entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, o TEDH, responsável por supervisionar o cumprimento do CEDH (o qual prevê apenas direitos civis e políticos), tem protegido o direito à saúde forma indireta, mediante o reconhecimento da violação de outros direitos, para o que tem se utilizado de diversas estratégias interpretativas, e atuando com maior ênfase em relação a determinados assuntos. A atuação do TEDH, neste sentido, assemelha-se a primeira fase da atuação da Corte IDH. Em derradeiro, o direito à saúde é protegido nos dois Sistemas, todavia, de formas distintas.

## 4. Conclusão

Considerando que o presente trabalho possui como foco a análise da temática da judicialização do direito à saúde na Corte IDH e no TEDH, tendo por objeto de pesquisa investigar como ocorre a proteção do direito à saúde nos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos, buscou-se responder ao

[6] Disponíveis no endereço https://www.echr.coe.int/factsheets.

seguinte problema: considerando a sistemática da proteção do direito à saúde nos sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos, é possível identificar conexões e contrapontos na sua proteção pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos?

Com a pesquisa realizada, verifica-se que ambos os sistemas regionais de direitos humanos têm protegido o direito à saúde, ainda que, de formas diferenciadas, o que ocorre, principalmente, em razão das disposições normativas de cada sistema sobre os direitos sociais, bem como da intepretação da Corte IDH e do TEDH, sendo que a proteção do direito à saúde nas violações que envolvem como vítimas grupos em situação de vulnerabilidade mostra-se um ponto em comum entre as jurisdições.

## 5. Referências


Alberdi, Maria Reyes Pérez (2014). La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Em: Quesada, Luis Jimena; Becerra, Manuel José Terol. *Tratado sobre protección de derechos sociales.* Valencia: Tirant lo Blanch, pp.319-326.

Bosa, Anderson Carlos; Maas, Rosana Helena (2021). A justiciabilidade do direito à saúde na Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma análise do caso Poblete Vilches vs. Chile. *Revista Científica do UniRios*, vol.15, núm.31, pp. 258-278. Disponível em: https://www.publicacoes.unirios.edu.br/index.php/revistarios/article/view/52. Acesso em: 17 abr. 2025.

Bosa, Anderson Carlos; Maas, Rosana Helena (2023). A justiciabilidade do direito à saúde na corte interamericana de direitos humanos: Uma breve análise jurisprudencial. *Revista Direitos Humanos e Democracia,* vol.11, núm.21, pp. e13508. Disponível em: https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/13508. Acesso em: 24 mar. 2025.

Brillat, Régis (2014). Evolución y consolidación del Pacto Europeo de Democracia Social: La Carta Social Europea. Em: Quesada, Luis Jimena; Becerra, Manuel José Terrol. *Tratado sobre protección de derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp.207-219.

Burgorgue-Larsen, Laurence (2019). La política jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos y sociales: de la prudencia a la audácia. Em: Antoniazzi, Mariela Morales; Clérico, Laura. *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH.* México: IECEQ, pp.53-109.

Conselho de Europa (1950). *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,* de 4 de noviembre de 1950. Roma: Assembleia Parlamentaria del Consejo de Europa. Disponível em: https://www.echr.coe.int/european-convention-on-human-rights. Acesso em: 23 abr. 2025.

Corte Interamericana de Direitos Humanos (2018). *Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile.* Sentença de 8 de março de 2018. Série C nº 349. San José da Costa Rica. Disponível em: https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/883977539. Acesso em: 01 abr. 2025.

Cuenca, Encarnación Carmona (2017). Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Político,* vol.1, núm.100, pp.1209-1238. DOI: 10.5944/rdp.100.2017.20731. Disponível em: https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/20731. Acesso em: 25 mai. 2025.

Cuenca, Encarnación Carmona (2024). Los derechos sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Em: Usera, Raúl Canosa. Biblioteca virtual. *La Europa de los derechos sociales: la Carta Social Europea y otros sistemas internacionales de protección*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp.665-688.

De la Cueva, Enrique Lucas Murillo. Derechos Humanos y Atención Sanitaria ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Derecho y Salud,* 29. Disponível em: https://www.ajs.es/es/index-revista-derecho-y-salud/volumen-29-extraordinario-2019/derechos-humanos-y-atencion-sanitaria.

Gómez, Carmen Morte (2019). Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una selección. *Teoría y Realidad Constitucional***,** 42, pp.551-568. Disponível em: https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/23646.

Guerra, Luis López. La protección de derechos económicos e Sociales em el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Em: Quesada, Luis Jimena; Becerra, Manuel José Terol. *Tratado sobre protección de derechos sociales.* Valencia: Tirant lo Blanch, pp.297-314.

Hernández, Ana Cristina Gallego (2018). El derecho a la salud en la jurisprudência del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, año 20, núm. 40, pp.631-653. Disponível em: https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/6606/5876. Acesso em: 17 abr. 2025.

Marino, Tiago Fuchs; Carvalho, Luciani Coimbra de; Conci, Luiz Guilherme Arcaro (2022). A tutela do direito à saúde na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça,* vol.16, núm.46, pp.335-361. Disponível em: https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/1088. Acesso em: 03 jun. 2025.

Mudrovitsch, Rodrigo de Bittencourt. A tutela do direito à saúde na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário,* vol.12, núm.3, pp.91-102. Disponível em: https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/1195. Acesso em: 03 jun. 2025.

Organização dos Estado Americanos (1969). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de maio de 1969*. Publicada pela Assemblei Geralda OEA. San José da Costa Rica: Assembleia Geral da OEA. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 03 jun. 2025.

Piovesan, Flávia (2011). Proteção dos Direitos Sociais: Desafios do Ius Commune Sul-Americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho,* vol.77, núm.4, pp.102-139. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/28340. Acesso em: 25 mar. 2025.

# O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NO CONTEXTO DA GOVERNANÇA MULTINÍVEL[1]

Betieli da Rosa Sauzem Machado[2]

Ricardo Hermany[3]

## 1. Notas introdutórias

A relação entre a Administração Pública e a sociedade sempre se apresentou como uma dinâmica complexa, expressa em múltiplas formas e níveis. Nas

[1] O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. También tem apoio em bolsa institucional da Confederação Nacional de Municípios (CNM).

[2] Pós-doutoranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2025-2026). Pesquisadora visitante pós-doutoral na Universidade de Compostela - USC (Espanha), entre maio e junho de 2025. Bolsista da Confederação Nacional de Municípios (CNM), por meio do convênio CNM/Apesc. Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo Prof. Ricardo Hermany (Brasil). Doutora em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES - modalidade I (2021–2025), tendo realizado estágio doutoral (doutorado-sanduíche) na USC (Espanha), com bolsa PDSE/CAPES (2023 - 2024). Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES - modalidade II (2018–2020). Pós-graduada em Direito Processual Público pela UNISC (2018–2020). Graduada em Direito pela UNISC (2012–2016). Advogada - OAB/RS 107.194. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9387548555163423. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3489-6741 E-mail: betielisauzem@yahoo.com.br.

[3] Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado/Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil). Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003), com doutorado sanduíche na Universidade de Lisboa. Mestre em Direito pela UNISC (1999). Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas - UNISC. Consultor jurídico da Confederação Nacional dos Municípios – CNM. Atua em redes de pesquisa nacionais e internacionais voltadas ao fortalecimento da administração pública e do direito local, com destaque para a RAICA (Rede Acadêmica Internacional de Controle da Administração), a AEDREL (Associação de Estudos de Direito Regional e Local), e o IDARGS (Instituto de Direito Administrativo do Rio Grande do Sul), por meio das quais tem promovido cooperação acadêmica, eventos científicos e publicações conjuntas com pesquisadores do Brasil, Europa e América Latina. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8520-9430. E-mail: hermany@unisc.br.

últimas décadas, transformações legais e estruturais nos contextos normativo e social dos países ocidentais têm introduzido desafios que exigem respostas institucionais mais coordenadas e inovadoras. Nesse cenário, a governança multinível surge como uma lente analítica promissora para compreender as interações entre diferentes esferas governamentais e não governamentais, impactando diretamente na atuação de atores públicos e privados. Assim, o presente estudo tem por objetivo analisar o papel do Tribunal de Contas da União no controle das políticas públicas de educação à luz do modelo de governança multinível.

A temática envolve o exame do controle das políticas públicas exercido pelo TCU, com ênfase nas auditorias operacionais e inspeções especiais como instrumentos prospectivos capazes de identificar riscos, propor boas práticas e fortalecer capacidades institucionais no âmbito da gestão educacional. Com base na identidade institucional do Tribunal, nos dispositivos constitucionais que sustentam o controle externo, na trajetória histórica das Cortes de Contas e nas formas contemporâneas de relação entre Estado e sociedade, busca-se responder à seguinte questão de pesquisa: a atuação do Tribunal de Contas da União, no controle das políticas públicas educacionais sob a ótica da governança multinível, contribui para a promoção de uma boa administração pública nos entes subnacionais?

Parte-se da hipótese de que, ao adotar mecanismos de fiscalização prospectiva e abordagens integradas à lógica da governança multinível, o TCU exerce papel indutor de melhorias institucionais na gestão educacional subnacional, promovendo a responsabilização colaborativa e a coordenação federativa.

A justificativa da pesquisa reside na necessidade de se compreender os impactos e os alcances do controle externo em um campo sensível como o da educação, em um país com marcadas desigualdades regionais e complexa estrutura federativa. Considerando que a governança multinível propõe uma nova racionalidade administrativa baseada na interdependência e cooperação entre esferas de governo, torna-se fundamental investigar se e como o TCU tem incorporado esse paradigma em sua atuação, sobretudo por meio de práticas fiscalizatórias orientadas por riscos e voltadas ao aprimoramento das políticas públicas.

Para o enfrentamento desse problema, adota-se o método de abordagem dedutivo, iniciando-se pela análise dos pressupostos gerais da governança multinível para, então, examinar-se a atuação do TCU no controle das políticas públicas educacionais. O método de procedimento é o monográfico, e as técnicas de pesquisa utilizadas incluem a pesquisa bibliográfica, com base em documentação indireta (livros, artigos, periódicos, dissertações e teses).

O estudo organiza-se em três objetivos específicos. O primeiro consiste em analisar os fundamentos do controle na Administração Pública, compreendendo a conexão entre os princípios constitucionais da legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência, conforme disposto no art. 70, caput, da Constituição da República de 1988. Em seguida, busca-se explorar as principais características do modelo de governança multinível e suas implicações no contexto brasileiro. O terceiro objetivo específico consiste em examinar a atuação do Tribunal de Contas da União no controle das políticas públicas educacionais, em especial no tocante à detecção de riscos, proposição de boas práticas e promoção da boa administração pública.

## 2. Fundamentos constitucionais do controle na Administração Pública

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consolidou um novo marco normativo para o controle na Administração Pública, ao consagrar um modelo de federalismo cooperativo e reconhecer os municípios como entes federativos autônomos, com responsabilidades públicas mais claramente delineadas. Tal reconfiguração institucional não apenas fortaleceu os mecanismos de descentralização administrativa, como também impôs uma exigência mais ampla de controle, voltado à observância dos princípios da legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência (CF/88, art. 70, caput), todos essenciais à construção de uma gestão pública orientada por resultados e por valores republicanos[4].

Nesse contexto, o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas –em especial pelo Tribunal de Contas da União (TCU)– assume posição estratégica

[4] Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal.

no fortalecimento do Estado Democrático de Direito. A função que lhes é atribuída vai além da verificação da conformidade jurídica dos atos administrativos, exigindo também um compromisso ativo com a promoção da boa governança pública. Esta, por sua vez, implica a capacidade institucional de produzir resultados legítimos, eficazes e socialmente relevantes a partir da aplicação dos recursos públicos.

A governança, quando eficaz, exige uma articulação permanente e consistente entre gestão, controle, supervisão e responsabilização. Esses elementos, ao se integrarem de forma sinérgica, compõem um ecossistema de integridade que visa não apenas garantir a conformidade normativa, mas também promover a transparência, a equidade e a efetividade das políticas públicas[5]. Quando essa integração se rompe ou se enfraquece, surgem lacunas de governança que comprometem tanto a administração quanto a qualidade do controle exercido sobre ela.

Como observa Stoker[6], a governança pode ser compreendida como resposta à crescente complexidade das demandas sociais e à necessidade de redefinir as relações entre Estado e sociedade, promovendo interações colaborativas entre os diversos atores institucionais e sociais. Essa concepção dialoga com Rosenau[7], que associa a governança às formas pelas quais os bens públicos são ofertados e a ordem pública é estabelecida, por meio da articulação entre múltiplos agentes estatais e não estatais.

No Brasil, essa visão mais ampla e integradora da governança tem sido, gradualmente, incorporada pelas Cortes de Contas. A definição adotada pelo Tribunal de Contas da União (2014) reforça esse entendimento, ao vincular o conceito de governança à construção de arranjos institucionais que favoreçam o

---

[5] Ministério das Finanças dos Países Baixos (2000). *Public governance:* a new approach. Hague: Ministry of Finance.

[6] Stoker, Gerry (1998). Governance as theory: five propositions. *International Social Science Journal*, vol.50, núm.155, pp.17-28.

[7] Rosenau, James N. (1992). Governance, order, and change in world politics. Em: Rosenau, James N.; Czempiel, Ernst-Otto (ed.). *Governance without Government: Order and Change in World Politics.* Cambridge: Cambridge University Press, pp.1-29.

diálogo, a coordenação e a participação social nas decisões que envolvem a gestão pública.

A relação entre controle e governança, portanto, é essencialmente dialógica e construtiva. O controle não deve ser concebido apenas como ferramenta de verificação a posteriori, mas como instrumento de indução a práticas administrativas mais qualificadas e responsivas. A governança, por sua vez, oferece o arcabouço analítico necessário para compreender os dilemas contemporâneos da Administração Pública e orientar sua evolução rumo a modelos mais participativos, integrados e orientados a resultados.

Essa lógica se manifesta, com particular intensidade, no campo das políticas públicas educacionais. Quando orientada por uma perspectiva prospectiva, a atuação do TCU permite antecipar riscos, promover a disseminação de boas práticas e fomentar melhorias estruturais na gestão local. Trata-se de uma abordagem que vai além da legalidade formal e passa a incorporar, de forma substantiva, os princípios da eficiência, da efetividade e da equidade na análise dos atos administrativos.

É importante sublinhar que a eficiência no controle das políticas públicas não se resume à verificação da regularidade na aplicação dos recursos. Mais do que isso, refere-se à capacidade de o controle produzir impactos reais e duradouros na vida das pessoas. Nessa dimensão, o controle adquire feição humanizada e responsiva, orientada à concretização dos direitos fundamentais, como o direito à educação de qualidade.

Por isso, os princípios constitucionais que orientam o controle externo – legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência– devem ser interpretados de forma integrada. A legalidade, ainda que indispensável, não esgota os requisitos da boa administração. A legitimidade exige que a ação estatal esteja conectada às demandas democráticas da sociedade. Já a eficiência requer que os meios empregados sejam os mais adequados à produção de resultados socialmente relevantes, com racionalidade e proporcionalidade no uso dos recursos públicos.

O artigo 70 da Constituição de 1988, ao dispor que a fiscalização da Administração Pública deve se dar sob os critérios de legalidade, legitimidade,

economicidade e eficiência, inaugura um paradigma que amplia o escopo do controle estatal. Não se trata mais de um controle puramente formal, mas de uma atuação estratégica e propositiva, voltada à indução de boas práticas e ao aperfeiçoamento contínuo da gestão pública.

A consolidação de uma governança democrática, nesse cenário, exige que os órgãos de controle ajam com postura ativa, responsiva e articuladora. O TCU, dentro dessa lógica, não se limita ao papel tradicional de fiscalizador, mas se afirma como agente de mediação federativa, promotor de soluções integradas e articulador de capacidades institucionais, especialmente nos contextos de maior fragilidade administrativa.

Essa concepção coaduna-se com as premissas da nova Administração Pública, que valoriza o controle orientado por evidências, a escuta qualificada dos atores envolvidos e a análise dos impactos das políticas públicas. A prática do controle passa, assim, a incluir instrumentos como auditorias operacionais, inspeções temáticas e monitoramentos especializados, que conferem profundidade analítica às decisões e ampliam a sua legitimidade social.

Compreender os fundamentos constitucionais do controle significa, portanto, reconhecer sua potência transformadora. Quando exercido com base em uma lógica republicana, orientado à cidadania e comprometido com o interesse público, o controle externo se converte em ferramenta de fortalecimento institucional, de indução à boa gestão e de promoção da justiça social. O TCU, nessa perspectiva, deve ser visto não apenas como guardião das normas, mas como parceiro estratégico na construção de uma governança pública mais justa, eficiente e democrática.

Em síntese, o controle na Administração Pública brasileira transcende a dimensão técnica da apuração de irregularidades. Ele constitui uma função essencial à realização do interesse público, ao integrar a legalidade com a legitimidade e a eficiência com a justiça social, consolidando os princípios constitucionais como alicerces de uma gestão pública ética, participativa e orientada a resultados.

## 3. A governança multinível no Brasil: desafios federativos e implicações para o controle das políticas públicas

A Constituição da República de 1988 instituiu um Estado federal comprometido com um modelo de federalismo cooperativo, conferindo aos entes federativos autonomia política, administrativa, financeira e organizacional. Esse arranjo estabelece competências comuns, concorrentes e privativas, exigindo, por consequência, mecanismos eficazes de articulação e coordenação entre os diferentes níveis de governo. Compreender essa lógica federativa pressupõe analisar não apenas os dispositivos constitucionais que desenham a estrutura do Estado, mas também os modos de funcionamento e interação entre os entes na formulação e implementação das políticas públicas.

Nesse contexto, a noção de governança multinível se apresenta como um referencial teórico e prático particularmente fecundo. Segundo a Comissão Europeia[8], trata-se da construção de arranjos institucionais mais participativos, capazes de articular responsabilidades e decisões entre atores estatais e não estatais, promovendo soluções colaborativas e integradas para os problemas públicos. A governança multinível enfatiza, assim, uma lógica de atuação baseada na cooperação, na coordenação e no diálogo entre os diferentes níveis e setores do poder público, e também entre este e a sociedade civil.

As formulações iniciais sobre esse conceito foram desenvolvidas por Gary Marks, a partir do estudo *Structural Policy in the European Community*, no qual analisou os impactos da descentralização política e administrativa em sistemas federativos e supranacionais. Posteriormente, em parceria com Liesbet Hooghe, o autor demonstrou como os diferentes níveis de governo participam de redes decisórias complexas que transbordam as fronteiras estatais, desafiando os modelos de centralização vertical e promovendo arranjos colaborativos, horizontais e verticais, em diversas áreas de atuação pública[9].

[8] Comissão Europeia (CE) (2001). *Governança Europeia*: um livro branco. Bruxelas: Comissão Europeia, COM(2001) 428 final.

[9] Hooghe, Liesbet; Marks, Gary (2002). Types of Multi-Level Governance. *Les Cahiers européens de Sciences Po*, núm.3.

Ao se afastarem de uma concepção meramente hierárquica e competitiva das relações intergovernamentais, Hooghe e Marks[10] destacam que a governança multinível pressupõe a existência de cooperação entre os entes como elemento distintivo de um novo modo de governar. A coordenação, nesse modelo, não é apenas desejável - ela se torna condição indispensável para a consecução de políticas públicas eficazes e equitativas, sobretudo em contextos marcados por desigualdades regionais e assimetrias institucionais, como o brasileiro.

A ausência de mecanismos institucionais robustos de articulação intergovernamental no Brasil torna ainda mais urgente a incorporação dessa abordagem como ferramenta analítica e operacional para o fortalecimento da cooperação federativa. Embora o princípio federativo esteja consagrado no artigo 1º da Constituição –ao reconhecer a autonomia dos entes federativos como fundamento do Estado– observa-se, na prática, um padrão de relacionamento intergovernamental frequentemente marcado pela desarticulação, pela superposição de competências e pela frágil coordenação de ações compartilhadas.

Dessa forma, a governança multinível passa a ocupar papel estratégico na organização da Administração Pública subnacional, na medida em que reconhece a complexidade das interações entre diferentes níveis de governo e atores, especialmente no que se refere ao papel das autoridades locais[11]. Em vez de limitar-se a uma dimensão vertical de governança, esse modelo propõe uma abordagem que também abarca a dimensão horizontal, valorizando redes colaborativas, parcerias e mecanismos de co-produção de políticas.[12] [13]

A literatura especializada destaca, ainda, quatro elementos constitutivos da governança multinível: (i) redes colaborativas, que compreendem cooperação,

[10] Hooghe, Liesbet; Marks, Gary (2003). Unravelling the central state, but how? Types of multi-level governance. *American Political Science Review*, vol.97, núm.2, pp.233-243.

[11] Divay, Ghislaine; Paquin, Stéphane (2013). La gouvernance multiniveaux: un concept aux usages pluriels. *Revue Internationale de Politique Comparée*, vol.20, ním.1, pp.11-27.

[12] Yahn Filho, José (2011). *A efetividade do controle externo na Administração Pública brasileira: um estudo do Tribunal de Contas da União - TCU*. São Paulo: Atlas.

[13] Bache, Ian; Flinders, Matthew (org.) (2004). *Multi-level Governance*. Oxford: Oxford University Press.

articulação e negociação entre atores; (ii) descentralização político-administrativa, que possibilita a divisão efetiva de competências; (iii) instituições multifacetadas, com diferentes centros de decisão interconectados; e (iv) a correlação entre administração, supervisão e controle, com base em legitimidade, transparência e desempenho.[14] Tais dimensões são especialmente relevantes para pensar a atuação das Cortes de Contas, em especial o TCU, cuja função extrapola a verificação da legalidade e passa a envolver também a indução à boa governança pública e ao fortalecimento da cooperação federativa.

Esse modelo de governança traz implicações significativas para o controle das políticas públicas, uma vez que reconhece que nenhum ente ou organização política é completamente soberano na formulação e execução das políticas. Como destaca Benz[15], em uma estrutura policêntrica de governança, todos os atores envolvidos são interdependentes e os resultados das políticas são, em grande medida, determinados pelas formas de interação entre eles. Essa interdependência, embora promissora, impõe desafios: ela exige mecanismos eficazes de coordenação para evitar efeitos negativos das decisões locais sobre o conjunto da federação e para reduzir as desigualdades territoriais.

Hooghe e Marks[16] também apontam esse dilema da coordenação: embora a flexibilidade do modelo multinível favoreça a inovação institucional e a adaptação às realidades locais, os custos de transação para alinhar as interações são elevados. No Brasil, onde as políticas de um ente frequentemente impactam os demais, torna-se essencial fomentar instâncias permanentes de diálogo e concertação federativa, algo que pode ser impulsionado por instituições como os Tribunais de Contas.

Nesse cenário, o TCU pode assumir um papel central na promoção de práticas colaborativas e na consolidação de uma lógica de governança compartilhada. A interação entre cooperação federativa e controle externo qualifica o processo de

[14] Couto, Rafael Pacheco (2018). *Fiscalização de Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas*: *Efeitos da atuação do TCU no Programa Bolsa Família.* São Paulo: Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito SP.

[15] Benz, Arthur (2021). Multilevel governance. Em: Heinelt, Hubert (ed.). *Handbook on Participatory Governance*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp.158-173.

[16] Hooghe, Liesbet; Marks, Gary (2003), pp.233-243.

formulação, implementação e avaliação das políticas públicas, promovendo maior legitimidade, transparência e eficácia na gestão. Ao valorizar arranjos intergovernamentais, promover a integração de dados e apoiar redes decisórias que transcendem os limites formais da administração, o Tribunal contribui para superar os entraves à coordenação no federalismo brasileiro e reforça os fundamentos democráticos do Estado.

## 4. A atuação do Tribunal de Contas da União na fiscalização das políticas educacionais: riscos, boas práticas e indução à boa governança

O controle exercido pelo TCU integra a modalidade de controle externo, conforme previsto nos artigos 70 a 75 da Constituição de 1988, que atribuem ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal, a responsabilidade pela fiscalização ampla dos atos da Administração Pública.

Conforme o art. 71 da Constituição Federal, o controle externo exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do TCU, deve abranger a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública. Esse controle não se restringe à legalidade, mas incorpora critérios como a eficácia, a eficiência e os impactos das políticas públicas –parâmetros alinhados ao conceito de boa administração–, especialmente quando se trata de áreas sensíveis como a educação.

O exercício desse controle pelo TCU está legitimado pelo caráter aberto e multifacetado das políticas públicas, o que exige abordagens avaliativas que transcendam a conformidade legal. Conforme Vieitez[17], o controle das políticas públicas abrange não apenas a regularidade formal, mas também os efeitos concretos das ações estatais em relação às suas finalidades. Nesse sentido, as auditorias operacionais, previstas no artigo 71, IV, da Constituição, destacam-se como instrumentos eficazes para promover melhorias na ação governamental.

[17] Vieitez, Diego Losada (2018). *Controle de políticas públicas por tribunais de contas e govtechs*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Escola de Direito, Porto Alegre.

O Referencial de Governança Multinível elaborado pelo TCU (2021) reforça essa orientação ao sugerir metodologias que permitam uma abordagem mais integrada da fiscalização. Entre as técnicas recomendadas, incluem-se a análise de *stakeholders*, a identificação de conflitos de interesse e a avaliação da viabilidade das políticas auditadas. Tais ferramentas contribuem para diagnósticos mais precisos sobre os riscos e oportunidades de aprimoramento da governança pública descentralizada, fortalecendo a capacidade institucional dos entes subnacionais.

Com efeito, as auditorias operacionais permitem avaliar políticas públicas considerando sua complexidade federativa e institucional. Sua estrutura metodológica favorece a indução de boas práticas em todos os níveis de governo, viabilizando a adequação dos controles à realidade local e ao ciclo completo das políticas públicas, desde o planejamento até a implementação. No caso da educação, esse enfoque é especialmente relevante, dada a descentralização da oferta de serviços e a necessidade de articulação entre União, estados-membros e municípios. A análise da governança multinível pode ser realizada em diferentes momentos da auditoria: na fase de seleção dos objetos, no planejamento da fiscalização (com definição de escopo, critérios e métodos), e na execução, com a coleta e análise de dados orientada à detecção de fragilidades e ao fortalecimento das capacidades institucionais dos entes auditados.[18]

A fim de investigar como essa lógica se manifesta na atuação recente do TCU, foi realizada uma pesquisa quantitativa com base na jurisprudência da Corte, sendo delimitado o intervalo temporal de 01 de janeiro de 2014 a 30 de setembro de 2024, coincidindo com o período de vigência do atual Plano Nacional de Educação (PNE). Assim, buscou-se identificar relatórios de auditoria e documentos de acompanhamento relacionados ao controle e à avaliação das políticas públicas de educação elaborados pelo TCU. A coleta foi realizada diretamente no portal oficial do Tribuanl (https://portal.tcu.gov.br/inicio/), por meio

[18] Tribunal de Contas da União (2021). *Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas*. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Educação, da Cultura e do Desporto.

da ferramenta de busca da seção *Acórdãos*, utilizando-se palavras-chave como *educação*, *política pública, PNE* e *auditoria operacional*. Foram aplicados filtros específicos para o período analisado[19].

A partir dessa triagem inicial, foram identificadas 117 decisões diretamente no sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União, utilizando filtros e palavras-chave relacionados à educação, políticas públicas e auditorias operacionais, no período de 01/01/2014 a 30/09/2024[20]. A essas decisões somaram-se outras 16, obtidas mediante pedidos formais de acesso à informação. O primeiro pedido foi protocolado em 18 de janeiro de 2024, sob o número de manifestação nº 369452. A solicitação foi redirecionada ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC), por meio do envio de um formulário ao e-mail institucional *isc_assessoria@tcu.gov.br* em 22 de janeiro de 2024. Após ausência de retorno, um novo contato foi realizado em 27 de março de 2024, e, por orientação da Ouvidoria, um segundo pedido foi protocolado em 16 de agosto de 2024, sob número de manifestação nº 374950[21].

Como desdobramento desses pedidos, após reunião com auditor federal do TCU em 02 de outubro de 2024, foram enviadas 16 decisões. Dentre estas, 11 foram excluídas: 8 por serem idênticas às já analisadas na pesquisa direta, 1 por não possuir relação com o objeto da pesquisa e 2 por duplicidade. Assim, somaram-se cinco decisões adicionais às 24 anteriormente selecionadas, totalizando 29 decisões analisadas qualitativamente. No total, portanto, foram examinadas 133 decisões, das quais 104 foram descartadas por ausência de aderência temática às políticas públicas de educação e aos critérios de governança multinível.

As 29 decisões selecionadas foram organizadas em cinco eixos temáticos, conforme segue: (1) Plano Nacional de Educação (PNE) - 9 decisões; (2) Fundos de financiamento e destinação de recursos - 8 decisões; (3) Estratégia digital e conectividade - 2 decisões; (4) Formação de profissionais da educação básica - 2 decisões; e (5) Diversos temas educacionais - 4 decisões. Esses documentos

[19] Tribunal de Contas da União (2024b). *Pesquisa integrada*. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/. Acesso em: 31 ago. 2024.

[20] Tribunal de Contas da União (2024b).

[21] Tribunal de Contas da União (2024a). *Pedido de acesso à informação.* Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/. Acesso em: 18 jan. 2024.

compreendem diferentes tipos de peças técnicas, tais como Relatórios de Acompanhamento (RACOM), Acompanhamentos (ACOM), Relatórios de Auditoria (RA) e Relatórios de Levantamento (RL).

Para orientar a análise, foi definido um critério específico relacionado à governança multinível, com foco na coordenação interfederativa. Esse critério buscou identificar em que medida as decisões do TCU avaliam e promovem a articulação entre União, estados-membros e municípios no processo de formulação e execução das políticas educacionais. A pergunta norteadora foi: como o TCU avalia e promove a articulação entre União, estados-membros e municípios nas políticas educacionais, incentivando boas práticas de coordenação?

No eixo referente ao Plano Nacional de Educação, observou-se que o TCU tem adotado uma postura orientadora, valorizando a cooperação entre os entes federativos como condição para a implementação eficaz das metas do PNE. As decisões evidenciam ações voltadas ao monitoramento contínuo, à normatização colaborativa e à construção de diagnósticos técnicos. Instrumentos como o Plano de Ações Articuladas (PAR), os Arranjos de Desenvolvimento da Educação (ADEs) e a plataforma TCeduca são frequentemente destacados como mecanismos de indução à governança cooperativa, reforçando a importância da atuação integrada para o sucesso das políticas educacionais.

No que tange aos Fundos de financiamento e à destinação de recursos, a ênfase recai sobre a equidade na alocação dos valores e a eficiência na execução orçamentária. O TCU promove ações coordenadas com outras Cortes de Contas, além de utilizar sistemas como o Sinapse e núcleos especializados para qualificar sua análise. O controle não se limita à verificação contábil, mas busca fomentar estruturas de governança no âmbito do Fundeb e do FNDE, com recomendações que abrangem desde o planejamento até o acompanhamento da execução das políticas.

Na dimensão da Estratégia digital e conectividade, o Tribunal evidencia atenção à inclusão tecnológica como fator de equidade educacional. As decisões apontam gargalos estruturais e recomendam medidas concretas, como o uso de

dados georreferenciados e a articulação entre programas federais e realidades locais. O controle exercido nesse campo assume feição prospectiva e estratégica, alinhando-se à lógica de suporte à formulação de políticas baseadas em evidências. Em relação à formação dos profissionais da educação básica, o TCU chama atenção para falhas na articulação entre União, estados e municípios, tanto na definição de responsabilidades quanto no financiamento de ações formativas. Suas recomendações visam estruturar uma governança mais clara, com indicadores de desempenho, fóruns de negociação e programas integrados de formação docente, reforçando o papel das redes locais e das universidades públicas.

Por fim, no eixo que agrupa diversos temas educacionais, como transporte escolar, avaliação da aprendizagem e educação infantil, as decisões do TCU reiteram a importância da coordenação federativa como eixo estruturante da boa administração pública. A Corte atua promovendo auditorias temáticas, integrando sistemas de dados e disseminando boas práticas identificadas em diferentes realidades municipais, com vistas à construção de soluções mais responsivas e sustentáveis.

A partir desse conjunto de análises, é possível afirmar que a atuação do TCU revela sensibilidade crescente à complexidade do pacto federativo e à necessidade de indução de práticas colaborativas. O Tribunal não apenas fiscaliza a legalidade das ações governamentais, mas também promove ativamente a articulação entre os entes federativos, contribuindo para a efetividade das políticas públicas e para o fortalecimento da governança multinível no setor educacional.

Nesse contexto, a coordenação interfederativa se consolida como dimensão indispensável do controle qualificado, transcendendo os critérios tradicionais da legalidade estrita para incorporar os princípios constitucionais da eficiência, eficácia, economicidade e equidade. A indução de práticas cooperativas pelo TCU evidencia uma atuação que, mais do que fiscalizar, busca transformar: transformar a cultura institucional, fortalecer a gestão pública e garantir que as políticas educacionais alcancem, de fato, os sujeitos para os quais foram concebidas.

## 5. Notas conclusivas

Dessa A presente pesquisa teve como objetivo geral analisar o papel do Tribunal de Contas da União no controle das políticas públicas educacionais à luz do modelo de governança multinível. Partindo da hipótese de que o TCU, ao adotar abordagens prospectivas e integradas, exerce papel indutor de melhorias institucionais na gestão educacional subnacional, buscou-se compreender se e como essa atuação contribui para a promoção de uma boa administração pública nos diferentes níveis federativos. Trata-se de uma questão relevante em um país marcado por desigualdades regionais, assimetrias institucionais e desafios persistentes no campo da educação.

O primeiro objetivo específico concentrou-se na análise dos fundamentos constitucionais do controle na Administração Pública, com foco nos princípios da legalidade, legitimidade, economicidade e eficiência. Constatou-se que o controle externo, especialmente quando exercido com base em uma leitura ampliada desses princípios, pode se converter em instrumento de transformação institucional.

Entretanto, essa potencialidade nem sempre é plenamente realizada. Em alguns casos, observa-se que o foco ainda recai desproporcionalmente sobre a conformidade formal, em detrimento da análise de impactos e da indução de melhorias efetivas, o que demanda uma evolução contínua nas práticas das Cortes de Contas.

No segundo objetivo, ao explorar o conceito de governança multinível e suas implicações no contexto brasileiro, evidenciou-se a pertinência desse referencial para repensar a lógica de coordenação interfederativa. A governança multinível oferece uma lente potente para compreender a interdependência entre entes federativos e a necessidade de arranjos colaborativos para enfrentar desafios públicos complexos, como os que atravessam a política educacional. Ainda assim, verificou-se que o Brasil carece de estruturas mais robustas e permanentes de cooperação federativa.

A ausência de mecanismos institucionais estáveis de articulação prejudica a efetividade das políticas e dificulta a atuação preventiva e propositiva dos órgãos de controle, que acabam, por vezes, agindo de forma reativa frente às disfunções da gestão descentralizada.

O terceiro objetivo visou examinar, de modo empírico, a atuação do TCU nas políticas educacionais a partir de uma amostra de 29 decisões selecionadas, entre 133 analisadas. Os dados revelaram esforços consistentes do Tribunal na adoção de práticas orientadas por riscos, no estímulo à integração entre esferas de governo e na proposição de boas práticas. Notou-se, por exemplo, a valorização de instrumentos como o Plano de Ações Articuladas (PAR), os Arranjos de Desenvolvimento da Educação (ADEs) e a plataforma TCeduca.

No entanto, a pesquisa também identificou desafios importantes: há uma assimetria na abrangência temática das auditorias e uma concentração em certos aspectos da política educacional, em detrimento de outros igualmente relevantes, como as desigualdades educacionais territoriais ou a valorização do magistério em contextos de alta vulnerabilidade. Além disso, a efetividade das recomendações do TCU depende da capacidade de implementação local, a qual muitas vezes é limitada por fatores políticos, técnicos e orçamentários.

Dessa forma, evidencia-se que o controle externo orientado por uma lógica de governança multinível permite maior responsividade às realidades locais e maior efetividade na indução de boas práticas. Isso contribui para a melhoria da qualidade das políticas públicas educacionais, promovendo uma gestão mais eficiente, transparente e orientada a resultados. Nesse contexto, o papel das auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas da União revela-se fundamental para a concretização do direito à boa administração.

Em síntese, a atuação do TCU, ao integrar critérios de governança multinível na fiscalização das políticas públicas educacionais, amplia seu potencial de indução institucional e reforça sua função constitucional de zelar pela boa governança e pela efetividade das políticas públicas. A partir das decisões analisadas, é possível vislumbrar que a articulação entre União, estados-membros e municípios é determinante para a implementação eficiente das ações previstas

em programas estratégicos como o Plano Nacional de Educação (PNE), evitando tanto a duplicidade de esforços quanto a omissão de responsabilidades.

Nessa perspectiva, o TCU desempenha papel relevante ao induzir práticas colaborativas e ao monitorar a atuação integrada dos entes federativos, garantindo a efetividade das metas educacionais. Por outro lado, constata-se que a ausência de articulação entre as esferas de governo compromete o alcance dos objetivos traçados, afetando diretamente a qualidade das políticas públicas e a distribuição adequada dos recursos.

Portanto, a coordenação interfederativa transcende os critérios tradicionais de legalidade, alcançando também os princípios de eficiência, eficácia e economicidade, essenciais para a boa governança. A consolidação de práticas colaborativas permite a otimização dos recursos disponíveis e potencializa os resultados das ações educacionais nos territórios. Ainda assim, para que esse modelo se fortaleça, é necessário que o TCU avance na sistematização de parâmetros avaliativos sensíveis às desigualdades estruturais e amplie a escuta institucional das redes locais, atuando cada vez mais como catalisador de justiça federativa e não apenas como agente de controle técnico.

## 5. Referências


Bache, Ian; Flinders, Matthew (org.) (2004). *Multi-level Governance*. Oxford: Oxford University Press.

Benz, Arthur (2021). Multilevel governance. Em: Heinelt, Hubert (ed.). *Handbook on Participatory Governance*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, pp.158-173.

Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal.

Comissão Europeia (CE) (2001). *Governança Europeia: um livro branco.* Bruxelas: Comissão Europeia, COM(2001) 428 final.

Couto, Rafael Pacheco (2018). *Fiscalização de Políticas Públicas pelos Tribunais de Contas*: Efeitos da atuação do TCU no Programa Bolsa Família. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas - FGV Direito SP.

Divay, Ghislaine; Paquin, Stéphane (2013). La gouvernance multiniveaux: un concept aux usages pluriels. *Revue Internationale de Politique Comparée*, vol.20, núm.1, pp.11-27.

Hooghe, Liesbet; Marks, Gary (2002). Types of Multi-Level Governance. *Les Cahiers européens de Sciences Po*, núm.3.

Hooghe, Liesbet; Marks, Gary (2003). Unravelling the central state, but how? Types of multi-level governance. *American Political Science Review*, vol.97, núm.2, pp.233-243.

Ministério das Finanças dos Países Baixos (2000). *Public governance: a new approach.* Hague: Ministry of Finance.

Rosenau, James N. (1992). Governance, order, and change in world politics. Em: Rosenau, James N.; Czempiel, Ernst-Otto (ed.). *Governance without Government: Order and Change in World Politics.* Cambridge: Cambridge University Press, pp.1-29.

Stoker, Gerry (1998). Governance as theory: five propositions. *International Social Science Journal*, vol.50, núm.155, pp.17-28.

Tribunal de Contas da União (2014). *Referencial de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública*. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado.

Tribunal de Contas da União (2021). *Referencial para Avaliação de Governança Multinível em Políticas Públicas Descentralizadas*. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Educação, da Cultura e do Desporto.

Tribunal de Contas da União (2024a). *Pedido de acesso à informação.* Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/. Acesso em: 18 jan. 2024.

Tribunal de Contas da União (2024b). *Pesquisa integrada*. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/. Acesso em: 31 ago. 2024.

Vieitez, Diego Losada (2018). *Controle de políticas públicas por tribunais de contas e govtechs*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Escola de Direito, Porto Alegre.

Yahn Filho, José (2011). *A efetividade do controle externo na Administração Pública brasileira*: um estudo do Tribunal de Contas da União - TCU. São Paulo: Atlas.

# POLÍTICA MIGRATÓRIA DOS EUA PÓS-DONALD TRUMP (2025), POLICIAMENTO COMUNITÁRIO & AGENDA 2030: DO ADEQUADO ENCAMINHAMENTO DOS CIDADÃOS POTENCIALMENTE DEPORTADOS SOB O PRISMA DA DIGNIDADE HUMANA

Theodoro Luís Mallmann de Oliveira[1]

## 1. Introdução

A presente pesquisa tem por objetivo geral relacionar a política migratória do governo Donald Trump nos Estados Unidos (EUA), em função da Agenda 2030 e da filosofia de policiamento comunitário, que busca o respeito aos direitos humanos dos cidadãos resguardando sua dignidade. Para tanto, tem-se por objetivos específicos: a) examinar a questão da migração na condição de direito humano reconhecido pelos principais diplomas internacionais; b) conceituar policiamento comunitário, relacionando-o com demais políticas públicas e agenda 2030 da ONU; c) estudar a política migratória do governo Donald Trump com policiamento comunitário e direitos humanos.

Traz-se por problema de pesquisa: a difícil, mas necessária aplicação do policiamento comunitário nas polícias dos EUA poderá resguardar os direitos humanos dos cidadãos afetados pela política migratória do presidente Donald Trump? É uma questão de difícil solução, posto que os policiais são direta ou indiretamente subordinados ao representante máximo do Poder Executivo da União, especialmente os que trabalham com a questão migratória.

[1] Mestrando em Direito pela UNISC. E-mail: supertheodoro@gmail.com.

A hipótese de pesquisa é a de que a aplicação do policiamento comunitário iria indubitavelmente se refletir na crise migratória norte-americana, evitando mortes, torturas, maus tratos e outros tolhimentos à dignidade humana dos migrantes. O policiamento comunitário visa justamente uma aproximação maior com os cidadãos (mesmo em caso dos que cometem crimes), visando priorizar a verbalização, mediação de conflitos e respeito aos direitos humanos, visando prevenir crimes e, mesmo que eles ocorram, promover a colaboração dos infratores (inclusive imigrantes ilegais), para que passem a cumprir espontaneamente as normas, tendo sua dignidade humana resguardada.

Justifica-se a temática pela sua relevância (envolve direitos humanos de todas as dimensões) e atualidade (um problema recorrente nos EUA nas décadas de 2010 e 2020). É público e notório que a política discriminatória contra imigrantes produzida pelo governo do Presidente Donald Trump tem sido bastante nociva para os direitos fundamentais, gerando segregações, separações entre familiares, constrangimentos, prisões e humilhações. Portanto, os policiais norte-americanos, muito embora sejam subordinados ao chefe maior do Estado ianque, devem também se ater à Constituição de seu país, bem como às normas internacionais de direitos humanos.

O Policiamento comunitário é uma das nuanças do Comunitarismo, uma corrente de pensamento que busca unir ações complementares entre Poder Público, Comunidade e Empresas para a construção, acompanhamento e avaliação de políticas públicas, buscando dar respostas aos principais anseios dos cidadãos.

O método de abordagem é o dedutivo, buscando-se partir de normas gerais de direitos humanos, policiamento comunitário e Comunitarismo, para buscar aplica-las no caso específico dos Estados Unidos e sua política migratória excludente.

Tem-se por método de abordagem, o monográfico, o qual visa estudar instituições, profissões (como da polícia), grupos e comunidades (como a norte-americana) para obtenção de conclusões pertinentes. As técnicas de pesquisa são bibliográficas, pela consulta a livros digitais, artigos, revistas, periódicos, sites e demais fontes úteis ao aprofundamento do assunto.

## 2. Migração: um direito Humano inafastável

Pode-se conceber a migração como o deslocamento populacional pelo espaço geográfico, de modo temporário ou permanente, por motivos econômicos, sociais, climáticos, políticos, religiosos, dentre outras razões, que inclusive geram guerras e refugiados (Rezek 2011: p.27).

A migração sempre esteve presente na História da humanidade, inclusive sendo retratada em textos sagrados, como a Bíblia católica[2] e o Alcorão islâmico[3], contribuindo que para a sobrevivência e adaptação do ser humano no planeta (Rodríguez 2021). O ser humano é na verdade um insatisfeito por natureza, estando sempre em busca de novas necessidades: alimentares, acumulação de riquezas, qualidade de vida etc.

Essa busca por sobrevivência em outros lugares está ligada à própria noção de direitos humanos, pois muitos migrantes são vítimas de perseguições e violência. Al longo do tempo, diplomas internacionais foram referendando o direito à migração, como a Declaração de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) em seu art. 13 (ONU 1948).

O Tratado de Maastrich, que versa sobre a União Europeia, também prevê a permissão para circulação de migrantes, inclusive referendando a possibilidade de concessão de asilo político[4] (UE 1992). A Organização dos Estados Americanos também garante o direito de migração, criando especificamente um programa de migração e desenvolvimento, além de uma comissão de assuntos migratórios (OEA 2025).

Nessa senda, embora em muitos casos haja imigrantes ilegais que ingressaram em outros países, isso não significa que não possam ter sua situação regularizada, obtendo inclusive asilo político e refúgio, conforme o caso. Além do

[2] Como no caso da fuga dos hebreus do Egito liderados por Moisés, em busca da terra prometida de Israel (Rodríguez 2021).

[3] Conforme se verifica no exemplo de fuga do profeta Maomé das cidades de Meca para Medina (Rodríguez 2021).

[4] Enquanto o asilo ocorre por motivos de perseguição política, o refúgio geralmente ocorre por questões de nacionalidade, grupo étnico ou religião (Rezek 2011: p.28; p.250).

que, mesmo nos casos onde não seja possível a sua regularização, devem ter todos os seus direitos humanos preservados antes da deportação, evitando-se prisões desnecessárias, interrogatórios tortuosos, revistas constrangedoras, incomunicabilidade com as famílias e advogados, dentre outros.

Cumpre lembrar que as migrações não trazem somente problemas sociais e econômicos. Elas geram avanços também, pois muitos imigrantes trazem consigo suas culturas, contribuindo para a miscigenação e progresso dos países que os recebem. Assim foi no Brasil, com a migração de africanos, europeus (holandeses, franceses, alemães, italianos), japoneses (especialmente em São Paulo e Paraná), árabes e outros estrangeiros, dos quais herdamos culinária, danças, artes, religiões, arquitetura e cultura assaz relevantes. Norte-americanos também tiveram grande influência histórica e cultural de imigrantes no passado com os afrodescendentes, italianos, holandeses (fundaram Nova Iorque), franceses (fundaram Nova Orleans), ingleses. etc... (Guitarrara 2025).

## 3. Modelo comunitário de segurança pública: uma filosofia mais ligada aos direitos humanos

O modelo tradicional de policiamento é mais focado na repressão que na repressão, gerando muitas vezes injustiças e impunidades, sendo um modelo preponderantemente falido, pois não leva em conta as causas da criminalidade, que só cresce ao redor do mundo, especialmente o tráfico de drogas, homicídios, roubos, furtos e estelionatos (inclusive os golpes virtuais) (Chagas 2010).

Já o modelo comunitário de segurança pública visa aproximar as polícias dos cidadãos, entendendo os anseios destes e priorizando na prevenção criminal, ao invés da repressão banalizada. O policiamento comunitário visa também trabalhar em conjunto com outras políticas públicas, como saúde, assistência social e educação. Para alcançar esse objetivo, devem os policiais serem capacitados com noções de demais direitos humanos. A população passa a confiar mais na polícia, inclusive denunciando crimes ou, no caso dos infratores, colaborando com o trabalho policial, confessando seus crimes, buscando repará-los em certos casos (Fontoura e Schmidt 2020: pp.03-06).

O policiamento comunitário também é denominado de segurança cidadã, pois não está voltado só em prender criminosos, mas resolver os principais problemas que assolam cidadãos. É trabalhado inclusive o chamado uso moderado da força, um conjunto de diretrizes que apregoam evitar ao máximo o uso de armas letais (pistolas, fuzis) e não letais (espargidores de pimenta, bombas de gás lacrimogêneo), buscando a verbalização e mediação de conflitos antes que eles evoluam para situações mais graves (Fontoura e Schmidt 2020: pp.03-06).

Desse modo, o modelo comunitário de segurança pública se coaduna plenamente como a chamada Agenda 2030, um documento em forma de compromisso produzido pela Organização das Nações Unidas para seus quase 200 países membros, com duração de 15 anos, contendo 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas (ONU 2015).

A Agenda 2030 da ONU estabelece que a migração é um incomensurável motor do desenvolvimento sustentável, melhorando a vida das comunidades com transferência de habilidades e recursos financeiros (ONU 2015) Deve, portanto, haver uma união de esforços entre essa comunidade, empresas e Poder Público para tratar esses migrantes em consonância com sua dignidade humana, na lógica do Princípio da Fraternidade.

O Pacto Global para Migração integra a Agenda 2030, prescrevendo que os Estados-membros da ONU cooperem para facilitar a migração segura, ordenada e regular. Os objetivos desse Pacto foram explicitados na Declaração de Nova Iorque: 1) contribuir para a governança mundial na facilitação da cooperação para migração internacional; 2) trabalhar com todos os aspectos da migração internacional, como as ações humanitárias, de desenvolvimento e de direitos humanos; 3) criação de um marco legal para a cooperação internacional integral pela mobilidade migratória humana; 4) apresentação de vários compromissos práticos, formas de execução e mecanismo de revisão e seguimento em tema de migração internacional; 5) cumprimento das diretrizes da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável; 6) basear-se na Declaração do Diálogo de Alto Nível sobre a Migração Internacional e o Desenvolvimento, aprovada en 2013.

## 4. Da necessidade de aplicação do policiamento comunitário para a questão migratória nos EUA no segundo governo de Donald Trump

Os 2 governos presidenciais de Donald Trump (2016-2020 e 2024-2028) são caracterizados por uma política migratória teratológica em relação aos direitos humanos, especialmente por conta das seguintes razões: 1) tolerância zero com os imigrantes ilegais, muitas vezes tratados como criminosos de alto risco; 2) expulsões e deportações em massa e de forma traumática, inclusive crianças; 3) restrições de vistos em passaportes e concessões de asilos políticos; 4) construção de muro fronteiriço com o México, tentando coagir este último a custear as obras milionárias (Pessoni 2024).

Mas ao invés de atuarem como meros cumpridores cegos de ordens injustas e degradantes na política migratória americana, podem os policiais evitarem torturas, prisões e mortes desses imigrantes (ainda que ilegais) através do chamado Policiamento Comunitário, que busca priorizar a prevenção e a aproximação da policia com a comunidade.

Antigamente, a aproximação entre policiais e cidadãos era vista com reticência por certos motivos: i) possibilidade de fragilização da autoridade policial, cujo trabalho e pessoa seriam mais expostos a perigos perante todos devido à convivência próxima; ii) risco dos agentes serem corrompidos pela população, com subornos, propinas e outras formas de corrupc¸ o; iii) a “síndrome do capitão do mato”, uma visa̋ do policial na condição de um implacável cac¸ dor de meliantes, do qual todos devem manter receio e distância, podendo ser as próximas vítimas (Camargo 2015).

Porém, conforme ensinam Fontoura e Schmidt (2020), tem sido ineficaz o modelo de segurança pública dependente tão-somente da atuação do Estado, não só pela complexidade cultural e histórica de cada região, mas pelo aumento meteórico do crime organizado, preponderantemente do tráfico de armas, drogas e lavagem de dinheiro, enveredando-se em todos os setores da sociedade, causando falência das instituições policiais e falta de credibilidade da população. Daí a importância do modelo comunitário de segurança pública, com cooperação entre órgãos policiais e a sociedade civil nas políticas públicas, superando a dicotomia entre Poder Público x indivíduo.

Com essa participação dos cidadãos na segurança cidadã pela Polícia Comunitária, há o fortalecimento da cidadania, como no caso de reuniões periódicas entre polícia e sociedade (inclusive por mediação de conflitos, palestras educativas e audiências públicas). Gorczevski e Tauchen (2008: p.66) explanam que o cidadão é quem participa ativamente das decisões do Poder Público, por do debate para a tomada das decisões, já que a cidadania é uma conquista gradual e histórica, o que pode edificar uma cultura de paz.

A participação da população na Segurança Cidadã serve como controle das decisões erradas do Estado e das ações policiais omissas ou com excesso de poder, enaltecendo a democracia participativa. Bitencourt e Reck (2019) alertam que o controle da sociedade civil sobre os atos do Estado não deve ser um modelo desvinculado dos demais controles, além de conferir mais transparência e acesso à informação, superando a crise de representatividade e fortalecendo a democracia.

Considerando que a política migratória, mais que uma questão de segurança pública (receio de que os imigrantes cometam crimes, inclusive terrorismo) é uma questão de direitos humanos, o modelo de policiamento comunitário deveria ser adotado nas polícias norte-americanas. Conforme previsto em 2018 no Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular, da ONU, a migração é uma realidade multidimensional que não pode ser encarada apenas por um setor de política governamental (OIM Portugal 2025).

## 4. Conclusão

Deve haver uma contribuição da sociedade e empresas dos EUA dando um encaminhamento para os imigrantes que puderem regularizar sua situação (inclusive emprego e moradia) e um tratamento humano para os que serão deportados, para que possam regressar com segurança e dignidade, o que não é mero favor, pois são normas trazidas pelos principais pactos internacionais, inclusive Agenda 2030 e DUDH.

Muito embora os policiais norte-americanos sejam diretos ou indiretamente subordinados às políticas, programas e projetos do Presidente Donaldo Trump,

é preciso entender que acima de tudo eles são agentes públicos subordinados à Constituição Federal dos Estados Unidos, bem como ás normas nacionais e internacionais de Direitos Humanos, devendo evitar cumprir ordens ilegais e preservar a dignidade humana desses cidadãos, ainda que não seja possível regularizar seus vistos no país. Mesmo porque, o mandato de um presidente, qualquer que seja sua ideologia e programa de governo, é limitado, ao passo que os policiais irão permanecer indefinidamente em seus cargos, devendo atuar com profissionalismo e de forma imparcial.

Para cumprir suas funções com integridade e profissionalismo na delicada questão migratória norte-americana, o Policiamento Comunitário pode servir de grande ferramenta, já que através dessa filosofia os agentes irão usar a força como último recurso, priorizando a colaboração dos abordados (ainda que tenham cometidos crimes), pela verbalização e mediação de conflitos. Fica, por conseguinte, confirmada a hipótese de pesquisa, qual seja, de que ações em direção ao policiamento comunitário poderão influir positivamente na crise migratória norte-americana, prevenindo óbitos, maus tratos, torturas e demais arbitrariedades contra a dignidade humana dos migrantes.

É preciso ter em mente que a migração é um fenômeno inerente à existência humana, desde os primórdios da História, trazendo não só más consequências, mas evolução social, cultural e econômica, conforme ocorreu em grandes potências como nos Estados Unidos, povoados por ingleses, holandeses, italianos, franceses, indígenas, alemães e afrodescendentes, formando um país cosmopolita e desenvolvido. As migrações talvez sejam uma das maiores chances de se aplicar o princípio da Fraternidade (diretamente ligado à dignidade humana), construindo-se quiçá num futuro não tão distante um Estado Fraterno de Direito.

## 5. Referências

Camargo, Carlos Alberto de (2015). Polícia comunitária: a estratégia de implantação do atual modelo. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, vol.9, núm.2, pp.218-233. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp> ISSN: 2595-0258 Acesso em 02 jun. 2025.

Fontoura, Alex; Schmidt, João Pedro (2020). Modelo estatal e modelo comunitário de segurança pública. *Revista Direito e Paz,* XIII, pp.175-196.

Gorczevski, Clóvis; Tauchen, Gionara (2008). Educação em Direitos Humanos: para uma cultura da paz. *Educação*, 31, pp.66-74.

Guitarrara, Paloma (2025). *Imigração no Brasil.* São Paulo: UOL. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/brasil/imigracao-no-brasil.htm. Acesso em: 12 abr. 2025.

OEA - Organização dos Estados Americanos (2025). *Migração.* Washington, DC: OEA. Disponível em: https://www.oas.org/pt/topicos/migracao.asp. Acesso em: 12 abr. 2025.

OIM Portugal. Organização internacional para as migrações (2025). *Migração, desenvolvimento sustentável e a agenda 2030.* Lisboa. Disponível em: https://portugal.iom.int/pt-pt/migracao-desenvolvimento-sustentavel-e-agenda-2030. Acesso em: 12 abr. 2025.

ONU - Organização das Nações Unidas (1948). *Declaração universal dos direitos humanos.* Nova Iorque: ONU. Disponível em: https://www.ct.ufpb.br/lacesse/ contents/documentos/legislacao-internacional/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-1948.pdf. Acesso em: 12 abr. 2025.

ONU - Organização das Nações Unidas (2015). *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.* Nova Iorque, Estados Unidos: ONU. Disponível em: https://www.unep.org/pt-br/resources/relatorio-anual-2023. Acesso em: 06 mar. 2025.

ONU - Organização das Nações Unidas (2015). *Migração e refugiados.* Nova Iorque, Estados Unidos: ONU. Disponível em: https://news.un.org/pt/focus /migrantes-e-refugiados. Acesso em: 29 abr. 2025.

Pessoni, Mara (2024). *O impacto da eleição de Trump na imigração dos EUA.* 08/11/2024. São Paulo: Migalhas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/ depeso/419520/o-impacto-da-eleicao-de-trump-na-imigracao-dos-eua. Acesso em: 12 abr. 2025.

Rezek, José Francisco (2011). *Direito internacional público.* São Paulo: Saraiva.

Rodríguez, Rócio Cortés (2021). *Migração na bíblia e no alcorão: perspectivas para o diálogo inter-religioso nos tempos atuais.* Belo Horizonte: Interações PUC Minas.

UE - União Europeia (1992). *Tratado de Maastrich.* Maastrich. Disponível em: https://dcjri.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar40-1992.pdf. Acesso em: 12 abr. 2025.

# O PROJETO DE EXTENSÃO EM MEDIAÇÃO DA UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL ENQUANTO MECANISMO CONCRETIZADOR DE ACESSO À JUSTIÇA

Fabiana Marion Spengler [1]

Thyery Rossales Soares[2]

## 0. Resumo

O projeto de extensão em mediação promovido pela Universidade de Santa Cruz do Sul em colaboração com a Defensoria Pública e o Gabinete de Assistência Judiciária da referida instituição, contempla os municípios de Gramado Xavier,

[1] Professora da graduação e da pós-graduação (mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (Brasil, RS). Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Ter (Roma, Itália). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade do Vale do Rio dos Sinos –UNISINOS– (Brasil, RS). Mestre em Desenvolvimento Regional pelo programa de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul –UNISC– (Brasil, RS). Líder do Grupo de Pesquisa *Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos* certificado pelo CNPq; participante da Rede de pesquisa CUEMYC; integrante do grupo de pesquisa internacional *Dimensions of Human Rights* (Instituto Jurídico Portucalense - IJP, Portugal). Coordenadora de projetos de pesquisa e de extensão. Autora de diversos livros e artigos científicos. Mediadora. Email: fabiana@unisc.br.

[2] Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II, na linha de pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade Dom Alberto. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2022/2). Membro do grupo de pesquisa: Políticas Públicas no Tratamento de Conflitos, vinculado ao CNPq, liderado pela Professora Pós-Doutora Fabiana Marion Spengler, com vice liderança do Professor Mestre Theobaldo Spengler Neto. Mediador voluntário no Projeto de Extensão em Mediação da UNISC, desenvolvido junto à Defensoria Pública da Comarca de Santa Cruz do Sul e GAJ/UNISC - Gabinete de Assistência Jurídica da Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogado, inscrito na OAB/RS 131.724. Endereço eletrônico: thyerryrossales@gmail.com.

Herveiras, Passo do Sobrado, Santa Cruz do Sul e Sinimbu. Sua iniciativa visa à promoção do tratamento adequado de conflitos por meio da mediação, de maneira consensual, autônoma e democrática. Diante desse contexto, a presente pesquisa pretende responder a seguinte problemática: a mediação desenvolvida no âmbito do projeto de extensão da Universidade de Santa Cruz do Sul, pode ser considerada, uma forma célere e humanizada de acesso à justiça?

Para a investigação proposta, será empregado o método dedutivo, partindo de uma análise geral do projeto de extensão em mediação, com intuito de verificar se a prática extensionista constitui um mecanismo célere e humanizado na promoção da paz social; como técnica de pesquisa, será utilizada a bibliográfica. Ao final da análise, será possível concluir que o projeto de extensão em mediação oferece à população um meio célere, gratuito e humanizado de acesso à justiça, ao fomentar o restabelecimento do diálogo entre as partes em conflito e possibilitar a resolução das controvérsias sem a necessidade da judicialização. Tal iniciativa contribui para o fortalecimento do sistema de justiça e para a consolidação do tripé acadêmico ensino-pesquisa-extensão.

## 1. Introdução

Diante do elevado número de processos e da morosidade enfrentada pelo Poder Judiciário, bem como da frequente confusão entre os conceitos de acesso à justiça e acesso à jurisdição, esta pesquisa tem como objetivo analisar se a mediação realizada por meio do projeto de extensão da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) pode ser considerada um instrumento eficaz, célere e humanizado de promoção do acesso à justiça na Comarca de Santa Cruz do Sul e nos municípios jurisdicionados.

Nesse contexto, revela-se essencial a análise da mediação à luz da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), com atenção especial às suas particularidades enquanto método autônomo de resolução de conflitos. Considerando que esta pesquisa também aborda o papel das universidades comunitárias e suas práticas extensionistas, destaca-se a relevância social do projeto de mediação,

especialmente no que se refere ao atendimento de populações em situação de vulnerabilidade.

Diante disso, este estudo propõe-se a responder à seguinte questão de pesquisa: a mediação desenvolvida no âmbito do projeto de extensão da Universidade de Santa Cruz do Sul, pode ser considerada, uma forma célere e humanizada de acesso à justiça?

Para tanto, a pesquisa tem a mediação no projeto de extensão como forma de acesso à justiça como tema central e objetiva:

a) Estudar a mediação enquanto instrumento de política pública autocompositiva de acesso à justiça e de resolução de conflitos, diferenciando o acesso à justiça e o acesso à jurisdição, bem como discorrendo sobre o instituto da mediação.

b) Apresentar a Universidade de Santa Cruz do Sul enquanto instituição comunitária.

c) Averiguar a efetividade da mediação promovida pelo Projeto de Extensão em Mediação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), enquanto prática extensionista universitária, analisando sua aplicabilidade no tratamento de conflitos e sua relevância social para a comunidade hipossuficiente, sobretudo como instrumento promotor da cultura da paz e do acesso humanizado à justiça.

Para a consecução dos objetivos propostos, adota-se o método de abordagem dedutivo, uma vez que a presente pesquisa parte da teoria e da legislação, ou seja, de uma análise geral, para então obter uma específica Quanto às técnicas de pesquisa, serão utilizadas as pesquisas bibliográfica, legislativa, doutrinária e em plataformas digitais, considerando que o presente estudo fundamenta-se em obras literárias, artigos científicos, periódicos especializados, relatórios institucionais do projeto de extensão e no conteúdo disponibilizado no site oficial da Universidade de Santa Cruz do Sul, com o propósito de apresentar o trabalho desenvolvido pelo projeto em benefício da comunidade.

Ademais, a relevância deste trabalho justifica-se na medida em que a mediação é considerada um método autocompositivo de resolução de conflitos eficaz na

promoção da política pública de acesso à justiça. Tal procedimento configura-se como uma alternativa à jurisdição estatal, visto a morosidade do Poder Judiciário para resolver os conflitos que lhe são postos, sendo que, o magistrado acaba impondo uma decisão, ao passo que, na mediação, busca-se o restabelecimento dos vínculos entre as partes envolvidas, promovendo, assim, a pacificação social.,

Diante desta abordagem inicial acerca da mediação enquanto método alternativo de solução de conflitos no projeto de extensão em mediação da UNISC como forma de acesso à justiça, passar-se-á aos estudos propriamente ditos.

## 2. A mediação enquanto mecanismo efetivo de promoção do acesso à justiça

No relacionamento humano e no convívio na sociedade está presente o conflito. Desde os primeiros registros históricos, observa-se a incidência de conflitos entre as mais variadas esferas das relações sociais, como entre cônjuges, pais e filhos, entre vizinhos, grupos étnicos ou raciais, no ambiente de trabalho, nas comunidades e também entre os governos políticos e nações. Os conflitos se mal administrados tendem a ser nocivos, ocasionando custos físicos, emocionais e financeiros para os litigantes. Nesse contexto, passam a buscar formas alternativas de resolução de controvérsias, que se mostrem mais eficientes, que atendam os seus interesses, minimizando seus sofrimentos e reduzindo seus gastos (Moore 1998).

Segundo Spengler (2024), o conflito caracteriza-se como um procedimento contencioso, cujo o objetivo central é romper a resistência do outro, consistindo em um confronto de duas vontades que buscam, mutuamente, impor-se uma sobre a outra, na expectativa de alcançar uma solução. Ressalta-se que essa tentativa de dominação pode ocorrer por meio da violência direta, ou indireta, incluindo a ameaça física ou psicológica. Ao término da disputa, será atribuída a uma parte a vitória e a outra a derrota, não se tratando apenas de uma confrontação de vontades, ideias ou interesses, mas uma maneira de ter razão independente dos argumentos racionais.

Entretanto, os conflitos não precisam necessariamente seguir um rumo negativo, o litígio quando bem conduzidos e administrados podem ser produtivos e gerar benefícios para todas as partes envolvidas. Para que tal resultado seja alcançado, é essencial que os participantes estejam inseridos em procedimentos eficientes para resolução de problemas, pautados pela cooperação, estejam dispostos a esquecer suas diferenças, abandonar as desconfianças e trabalhar em conjunto buscando satisfazer, mesmo que parcialmente, seus interesses. Todavia, muitas pessoas que estão envolvidas na conflituosidade demonstram dificuldades em desenvolver um processo efetivo de resolução, seja por não conseguirem ultrapassar barreiras de ordem psicológica, ou pela limitação em criar soluções de forma autônoma, tornando-se, assim, dependentes da intervenção de um terceiro para alcançar um resultado satisfatório (Moore 1998).

Paralelamente, o acesso à justiça se caracteriza por ser o mais básico dos direitos humanos, e extremamente necessário para qualquer ordenamento jurídico, sendo dessa forma igualitário, fundamental e promovendo direito para todos os cidadãos sem nenhuma distinção. Portanto, toda vez que um indivíduo estiver sob ameaça ou lesão de algum dos seus direitos, é através do instituto do acesso à justiça que conseguirá resguardá-lo. Porém, a população acaba procurando o Poder Judiciário para resolver suas contendas que poderiam ser resolvidas de uma forma alternativa, por intermédio do diálogo e consenso, com o intuito de ressignificar suas lides (Cappeletti; Garth 1988).

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito de acesso à justiça começou a fazer parte da Constituição Federal de 1988, preceituado no art. 5º, inciso XXXV, que diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, todavia o CPC de 2015 prevê que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. Nesta senda, apesar da semelhança nas redações, a leitura minuciosa revela que o comando infraconstitucional oferece um acesso à justiça, mais amplo, extrapolando os limites do Poder Judiciário, a quem possui a prestação da jurisdição, mas não como monopólio (Pinho 2016).

Além disso, o Poder Judiciário passa por duas dificuldades principais, a primeira quanto à eficiência e a segunda quanto à identidade, refletindo perante a sociedade no esmagamento da justiça e na descrença do cidadão. Dessa forma, as dificuldades identitárias geram uma certa ilusão no papel judicial como

mediador de conflito. Posto isso, acaba perdendo espaço para outros centros de poder que estão muitas vezes mais aptos para lidar com a complexidade conflitiva e adequados aos termos de tempo e espaço. Ressalta-se que o alcance jurisdicional brasileiro abrange somente os conflitos interindividuais, muitas vezes não atingido o domínio privado das partes, possuindo empecilhos nos direitos coletivos ou difusos (Spengler; Spengler Neto 2018).

Dessa maneira, o acesso à justiça não pode ser confundido com o acesso à jurisdição, visto que o primeiro, comporta diversas formas de acesso, podendo ser referido os procedimentos realizados nas serventias extrajudiciais, como divórcio, usucapião, inventário, assim como os meios autocompositivos como a mediação, negociação, conciliação extrajudicial e a arbitragem, considerada método heterocompositivos de tratar de conflitos.

A prática de mediação foi regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na Resolução n.º 174/2016 do Conselho Superior de Justiça do Trabalho (CSJT) e no Código de Processo Civil (CPC) 2015. A resolução n.º 125/2010 do CNJ instituiu a mediação e a conciliação como políticas públicas voltadas ao tratamento adequado de conflitos. Contudo, não promoveu a devida distinção entre tais métodos autocompositivos, tratando-os como procedimentos equivalentes. Essa diferenciação foi posteriormente consolidada pelo CPC de 2015, o qual, em seu artigo 165, §§ 2º e 3º, estabelece distinções claras entre as funções exercidas pelo mediador e pelo conciliador (Spengler 2024).

Conhecida como a arte de compartir, a mediação tem como função primordial restabelecer a comunicação entre as partes que estão conflitando sem impor regras, auxiliando os envolvidos a chegar a um entendimento recíproco, produzindo uma nova concepção do conflito. Sua principal diferença dos métodos tradicionais da jurisdição, é que seu local de trabalho é a sociedade, tendo como elementos a numerosidade de valores, a presença de diferentes formas de vida e tendo por finalidade principal reabrir canais de comunicação interrompidos e auxiliar na reconstrução de laços desfeitos. O maior desafio enfrentado por esse instituto consiste na compreensão das diferenças, diversidade, dissenso e desordem geradas pelos conflitos. Por outro lado, sua

principal ambição é promover novos olhares e valores e restaurar a comunicação entre os conflitantes (Spengler 2018).

Sob esta perspectiva, a mediação é considerada um meio de tratamento de conflitos, oferecendo uma forma de jurisdição adequada de forma quantitativa e qualitativa, pois quando o indivíduo se torna responsável por suas escolhas e decisões, torna-se um agente ativo no tratamento de conflitos e não apenas uma parte. O propósito central da mediação não consiste em identificar culpados ou inocentes, mas em promover o reconhecimento mútuo entre os litigantes, de modo que cada parte enxergue a outra como sujeito de direitos e deveres, necessitando ser respeitado. Portanto, busca-se influenciar a cultura da paz e não contribuir para a guerra gerada pela situação conflituosa (Spengler; Zasso; Schorr 2015).

Ademais, a mediação consolidou-se como um espaço democrático, uma vez que trabalha com a figura do mediador, que ao invés de se colocar como superior às partes, encontra-se no meio delas, atuando de forma imparcial e colaborativa. Esse processo ocorre em um ambiente comum e participativo, favorecendo a construção do consenso entre os envolvidos. Dessa forma, a mediação não é considerada uma ciência, mas sim uma arte, na qual o principal objetivo do mediador não é intervir diretamente no conflito, mas proporcionar às partes a liberdade para que possam lidar com a situação da maneira que julgarem mais adequada. Todavia, a mediação suscita um pensamento em que o juiz não desenvolva o papel que exerce, ou seja, deixar de decidir e mediar. Nesta perspectiva, a melhor visão é que pacifique o conflito sem precisar decidir, visto que seu trabalho é decidir sem necessariamente pacificar (Spengler 2018).

Após a análise sobre o conceito de mediação, suas principais características e sua regulamentação no ordenamento jurídico, conclui-se que a mediação constitui um mecanismo que facilita a efetivação da política pública de acesso à justiça. Trata-se de um procedimento célere, sigiloso, cooperativo e informal, no qual os mediadores incentivam a retomada do diálogo e a reconstrução das relações entre as partes envolvidas. De fato, a mediação apresenta diversas vantagens na resolução de conflitos.

Nesse contexto, enquanto método autocompositivo em constante evolução no direito brasileiro, a mediação surge como uma alternativa eficaz aos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, especialmente diante da morosidade e da ineficiência na prestação jurisdicional. Diante dessas considerações gerais sobre o instituto, esta pesquisa propõe, na sequência, analisar a utilização do projeto de extensão em mediação da UNISC como um instrumento concretizador do acesso à justiça. Entretanto, previamente, é necessário realizar uma reflexão sobre o papel das universidades comunitárias, em especial quanto à sua relevância social para as comunidades beneficiadas.

## 3. A Universidade de Santa Cruz do Sul enquanto instituição comunitária

Hodiernamente, no Brasil existe uma ampla diversidade de organizações da sociedade civil como as universidades, escolas, hospitais, bancos comunitários. Essas instituições, além de prestarem serviços de interesse público e gerar empregos e renda, exercem um papel promoção de valores sociais e na ampliação da inclusão. Nesse contexto, as instituições de ensino superior, conhecidas como universidades comunitárias, representam o contraste mais organizado das organizações comunitárias e evidenciam sua relevância pública nos serviços prestados (Schmidt 2018).

Ressalta-se que as instituições comunitárias de educação superior possuem finalidade lucrativa e reinvestem seus resultados integralmente na sua atividade educacional. Portanto, são universidades criadas e mantidas pela própria sociedade civil que desempenham um papel relevante no desenvolvimento social e econômico do país, ao oferecerem educação de qualidade à comunidade onde estão inseridas. Essas instituições surgem, em grande parte, como resposta à ausência de oferta adequada de serviços básicos garantidos pela Constituição Federal, sendo fruto da mobilização cidadã para garantir o acesso a esses direitos. Além disso, são voltadas ao interesse coletivo, e não ao interesse privado, com uma forte atuação social no ensino, na pesquisa e na extensão, promovendo a melhoria das condições de vida das populações atingidas (Venanzi; Sandano 2014).

As universidades comunitárias se diferenciam por sua participação institucional ativa na realização de seus objetivos e funções, sem depender da burocracia estatal ou da lógica lucrativa empresarial. Ademais, possuem o envolvimento de professores, funcionários, alunos e representantes da sociedade civil, em seus processos de planejamento estratégico e na tomada de decisões, promovendo uma gestão participativa que reflete as práticas vivenciadas no cotidiano de todos os seus segmentos (Vannucchi 2004).

Ainda, as universidades comunitárias surgiram com o propósito de preencher outra lacuna, qual seja relacionada a falta de universidades nas cidades do interior, visto que tradicionalmente, o ensino ficava restrito apenas às capitais e regiões metropolitanas e cidades economicamente desenvolvidas. Desse modo, as universidades comunitárias, além de ofertarem uma ótima prestação educacional, cumpre um importante papel social ao promover políticas de inclusão através do oferecimento de bolsas de estudos advindos das próprias instituições ou dos governos e realizando prestação de serviços em prol da comunidade (Spengler; Schaefer 2019).

Após ser conceituado as universidades comunitárias, pontuando suas especificidades, passamos a conhecer a história da Universidade de Santa Cruz do Sul enquanto instituição comunitária.

A Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC é considerada uma instituição jovem que tem por objetivo o comunitarismo e a inclusão social. Comprometida com o desenvolvimento coletivo, a universidade utiliza a ciência e a tecnologia como ferramentas para enfrentar desafios sociais e promover o bem comum. Localizada no Vale do Rio Pardo, no estado do Rio Grande do Sul, sua área de abrangência compreende cerca de 80 municípios situados na região central do estado. Destaca-se, ainda, pela oferta de ensino de qualidade, pela produção de conhecimento por meio da pesquisa, e pelo desenvolvimento de ações extensionistas e serviços voltados ao atendimento das necessidades da comunidade (Vogt; Kipper; Rizzato 2014).

Na década de 1960, ocorreu a criação da mantenedora da universidade, que na época de sua fundação era considerada faculdade, a Associação Pró-Ensino em Santa Cruz do Sul (APESC). No ano de 1993, a antiga FISC obteve o título de

reconhecimento como Universidade de Santa Cruz do Sul. Como universidade comunitária, a UNISC orienta sua atuação com base na valorização do ser humano, na promoção da democracia e na defesa do ideal comunitário. Nesse sentido, além de seu papel na produção e disseminação do conhecimento, a instituição compromete-se com a transformação social, atuando de forma ativa junto à comunidade na construção de uma sociedade mais justa, igualitária e digna (Schaefer 2021).

Como instituição produtora de conhecimento, um dos principais compromissos é a construção de um novo modelo social, alicerçado nos ideais de justiça e da igualdade. Com o início do novo milênio, um dos maiores desafios enfrentados pela universidade é permanecer instruindo o conhecimento e instando a discussão das finalidades do ser humano na sociedade contemporânea. Nesse contexto, entende-se que as instituições de ensino superior não devem limitar-se a atender exclusivamente às demandas do mercado. Embora a formação de profissionais capacitados e tecnicamente competentes seja parte essencial de sua missão, a UNISC também se dedica à formação de sujeitos protagonistas da transformação social, ampliando o acesso ao ensino superior e contribuindo para a inclusão cidadã (UNISC 2020).

Também, a universidade busca responder às demandas da comunidade regional por meio da implementação de políticas públicas e do estabelecimento de parcerias que promovam melhorias na qualidade de vida da população. Paralelamente, oferece aos seus estudantes uma infraestrutura de excelência e recursos humanos altamente qualificados. Anualmente, a universidade investe na inauguração de novos laboratórios, salas de aula, aquisição de equipamentos e ampliação do acervo bibliográfico, fortalecendo, assim, suas atividades de ensino, pesquisa e extensão. Ressalta-se, ainda, que o corpo docente da instituição é composto majoritariamente por professores titulados, com 95% dos docentes possuindo formação em nível de mestrado ou doutorado, o que confere elevado padrão acadêmico à UNISC (UNISC 2024).

Desse modo, o fortalecimento do tripé acadêmico entre ensino, pesquisa e extensão é um elo fundamental entre a universidade e a comunidade, por meio de ações na troca de experiências entre o saber científico e o popular. Tal articulação favorece uma aprendizagem significativa, baseada na vivência e no

diálogo com a realidade social, permitindo a busca conjunta por soluções para as diversas demandas enfrentadas pela sociedade. No ensino são as técnicas da construção do saber, implementadas nas salas de aulas e laboratórios e na pesquisa. A pesquisa, por sua vez, propicia a investigação crítica e o aprofundamento de temas relevantes, fomentando o debate acadêmico. Já a extensão representa a concretização do conhecimento, ao articular os resultados do ensino e da pesquisa com ações voltadas para a transformação social (Schaefer 2021).

No tocante às universidades comunitárias, restou esclarecido que são organizações criadas pela sociedade civil, em resposta à carência de acesso a um ensino de qualidade e à necessidade de desenvolvimento regional. Essas universidades exercem um papel fundamental na promoção do bem-estar social, assumindo o compromisso com sua comunidade por meio da valorização da cidadania, da democracia e da inclusão social. A UNISC enquanto instituição comunitária e promotora do conhecimento, tem como missão a formação de profissionais autônomos, qualificados e preparados para enfrentar os desafios contemporâneos, além de oferecer serviços que atendam de forma efetiva às demandas da população local.

Neste tópico, realizou-se uma análise de aspectos gerais das universidades comunitárias, com ênfase em sua conceitualização, história e em especial, sobre a Universidade de Santa Cruz do Sul como universidade comunitária. No próximo e último tópico, propõe-se examinar o Projeto de Extensão em Mediação desenvolvido pela UNISC, avaliando-o como um instrumento efetivo de concretização da política pública de acesso à justiça.

## 4. O projeto de extensão em mediação da Universidade de Santa Cruz do Sul

O projeto de extensão em mediação chamado de *A crise da Jurisdição e a Cultura da Paz: A Mediação Como Meio Democrático, Autônomo e Consensuado de Tratar dos Conflitos*[3], de iniciativa da professora Fabiana

[3] Também conhecido como *Projeto de Extensão em Mediação* da UNISC.

Marion Spengler, realizado e financiado pelo Departamento de Direito e apoiado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, em parceria com os cursos de Direito e Psicologia, em que se encontra conectado aos mais de 10 mil estudantes, 444 professores e 681 funcionários da instituição (Schaefer 2021).

Cabe destacar que o projeto realiza um tripé entre ensino, pesquisa e extensão, visto que os integrantes também participam do grupo de pesquisa denominado *Politicas Públicas para o Tratamento de Conflitos*, vinculado ao Programa de Pós-graduação - Mestrado e Doutorado da UNISC, liderado pela Prof. Fabiana Marion Spengler, com vice-liderança do Professor Theobaldo Spengler Neto. Importa ressaltar que o projeto existe há 15 anos, tendo sido ou seja, antes mesmo da publicação da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu a mediação como política pública no Brasil (Soares; Spengler 2021).

A criação do projeto ocorreu por meio de um convênio entre a UNISC e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), em parceria com a Comarca da cidade de Santa Cruz do Sul. A partir e 2013, as sessões de mediação passaram a ser na sede da Defensoria Pública da cidade, em um espaço acolhedor e especialmente estruturado para receber os mediandos. Ao longo de seus 15 anos de existência, o projeto consolidou-se como uma relevante política pública voltada ao tratamento de conflitos, alcançando reconhecimento em nível nacional. Entre suas principais conquistas, destaca-se a conquista da medalha de ouro no Prêmio SINEPE/RS, na categoria Responsabilidade Social, em 2010, e a premiação no concurso *Conciliar é Legal*, na categoria Ensino Superior, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2019, que valoriza e incentiva a adoção de métodos autocompositivos de resolução de conflitos (Schaefer 2021)

Além de atendimento na Defensoria Pública da Comarca de Santa Cruz do Sul, em 2024 o projeto de extensão passou a operar também no Espaço Cidadania, junto ao Gabinete de Assistência Judiciária da Universidade de Santa Cruz do Sul - GAJ/UNISC. O novo ambiente, amplo e acolhedor, foi planejado especialmente para oferecer um atendimento humanizado aos seus assistidos. Assim, sempre que viável, os usuários do GAJ/UNISC são encaminhados ao

Projeto de Extensão, com o objetivo de promover a pacificação de seus conflitos por meio do diálogo e da construção conjunta de soluções.

Como objetivo geral, o projeto de extensão viabiliza a concretização da mediação como meio consensual autônomo e democrático para o tratamento de conflitos. De outro lado, os objetivos específicos são os seguintes: desenvolver serviço de mediação e de conciliação de conflitos à Defensoria Pública de Santa Cruz do Sul; aplicar técnicas de mediação e de conciliação que resultem num tratamento adequado as demandas conflitivas atuais, cujas respostas sejam construídas pelas partes de maneira consensuada autônoma e democrática; comprovar que existem alternativas autônomas e democráticas para o tratamento dos conflitos, dentre elas a mediação e a conciliação; restituir a comunicação entre as partes mediante o uso de técnicas adequadas e evidenciar que o conflito pode ter resultados positivos se bem administrados (Soares; Spengler 2021).

O público atingido pelo projeto compreende a comunidade hipossuficiente dos 05 municípios jurisdicionados pela Comarca de Santa Cruz do Sul: Gramado Xavier, Herveiras, Passo do Sobrado, Santa Cruz do Sul e Sinimbu, totalizando mais de 165 mil habitantes. projeto conta com uma equipe interdisciplinar composta por professores, doutorandos, mestrandos e estudantes de graduação dos cursos de Direito e Psicologia da Universidade de Santa Cruz do Sul, que atuam diretamente nas sessões de mediação (Projeto de Extensão 2024).

No ano de 2024, os atendimentos realizados pelo Projeto de Extensão em Mediação ocorreram às segundas e terças-feiras, com duração máxima de duas horas por sessão. Na Defensoria Pública da Comarca de Santa Cruz do Sul, foram reservados dois turnos semanais, ambos no período da tarde. Já no Espaço Cidadania, vinculado ao Gabinete de Assistência Judiciária da UNISC, o atendimento foi realizado uma vez por semana, no turno da manhã. Ambos os locais são cuidadosamente preparados para receber os assistidos, contando com salas amplas, arejadas e equipadas com móveis, como mesas ovais que simbolizam a horizontalidade das relações e o tratamento equitativo entre as partes. Ademais, são disponibilizados itens como café, chá, água, balas e lenços, a fim de promover um ambiente acolhedor, confortável e propício ao diálogo.

Salienta-se que os usuários que recorrem ao atendimento do Projeto de Extensão em Mediação buscam solução para uma ampla gama de conflitos, sendo predominantes aqueles relacionados ao Direito de Família. Entre os temas mais recorrentes, destacam-se os casos de divórcio, dissolução de união estável com partilha de bens, regulamentação de guarda de filhos, direito de visita e pensão alimentícia. Em menor proporção, o projeto também acolhe demandas envolvendo conflitos de vizinhança, contratos de locação, inventários e cobranças de dívidas (Schaefer 2021).

Dessa forma, para acessar o serviço oferecido pelo Projeto de Extensão em Mediação, a parte interessada deve procurar presencialmente a Defensoria Pública de Santa Cruz do Sul ou o Gabinete de Assistência Judiciária da UNISC. No local, será atendida por um servidor ou colaborador da instituição, que realizará uma análise preliminar do caso a fim de verificar se ele é compatível com o procedimento de mediação. Caso haja essa compatibilidade e a parte aceite participar, uma sessão será agendada e encaminhada ao projeto. Ressalta-se que a outra parte envolvida será convidada a participar por meio do envio de uma carta-convite, sendo de livre e espontânea vontade sua participação.

Por outro lado, caso não seja possível alcançar um entendimento entre os mediandos e restabelecer a comunicação entre as partes, o mediador encerrará a sessão e encaminhará os conflitantes ao Defensor Público responsável pelo caso ou ao Gabinete de Assistência Judiciária, para eventual propositura de ação judicial. Nesse contexto, destaca-se que o principal objetivo da mediação não se limita à formalização de um acordo, mas sim ao restabelecimento do diálogo e da relação entre as partes, especialmente quando existe entre elas um vínculo prévio. Assim, os acordos construídos no âmbito da mediação tendem a apresentar maior índice de cumprimento, uma vez que são fruto das próprias propostas dos envolvidos, elaboradas de forma voluntária e não impositiva.

Por fim, ao término da mediação, os mediandos são convidados a responder um questionário de avaliação do projeto, com o objetivo de verificar se suas expectativas foram atendidas. Os resultados obtidos a partir dessa pesquisa são compilados no relatório anual do projeto, permitindo aferir o grau de satisfação dos usuários e identificar eventuais aspectos que demandam melhorias.

Ressalta-se, ainda, que é possível o retorno dos mediandos ao projeto, mesmo após a formalização de um acordo, com a finalidade de revisá-lo, caso necessário.

Portanto, diante de tudo até aqui exposto, a prática da extensão nas universidades comunitárias, revela-se de grande relevância para a formação de profissionais sensíveis às questões sociais, promovendo o aprendizado prático aliado ao ensino teórico. Como já mencionado, a extensão cumpre um importante compromisso social ao prestar serviços de qualidade, impactando positivamente a vida das comunidades e promovendo a inclusão social. Nesse contexto, a mediação, enquanto procedimento autocompositivo de resolução de conflitos, mostra-se um instrumento eficaz para concretizar o acesso à justiça. O Projeto de Extensão em Mediação da UNISC cumpre esse papel com êxito, alcançando mais de 160 mil habitantes dos municípios jurisdicionados e oferecendo à população um meio ágil e humanizado de acesso à justiça.

Além disso, o projeto promove a retomada do diálogo entre as partes em conflito, possibilitando a resolução dos litígios sem a necessidade de judicialização, evitando processos demorados e sentenças desfavoráveis a algum dos envolvidos. Ressalta-se que o serviço prestado é de alta qualidade e possui reconhecimento nacional, fortalecendo a integração entre ensino, pesquisa e extensão. Ao longo de sua trajetória, é possível observar que o projeto trouxe benefícios significativos para a comunidade atendida, reduzindo sofrimentos e custos, além de fomentar a cultura da paz.

## 5. Conclusão

A pesquisa teve como ponto de partida a análise da mediação enquanto política pública autocompositiva voltada à resolução de conflitos. Para tanto, iniciou-se com a conceituação do conflito, abordando suas diferentes classificações e destacando sua presença constante nas relações sociais, reconhecendo-o como um fenômeno inerente e natural à convivência em sociedade.

Verificou-se, nesse contexto, uma frequente confusão entre os conceitos de acesso à justiça e acesso à jurisdição. Tal equívoco tem contribuído para a

denominada crise da jurisdição no Poder Judiciário brasileiro, uma vez que grande parte da população ainda acredita que a única forma de ter seus direitos tutelados é por meio de acessar os tribunais. No entanto, conforme demonstrado ao longo da pesquisa, o acesso à justiça não se limita à via jurisdicional, abrangendo também métodos alternativos de resolução de conflitos, como a mediação.

Assim sendo, encaminhando-se ao foco da presente pesquisa, qual seja, a mediação, realizada uma análise sobre sua efetividade enquanto mecanismo concretizador do acesso à justiça. Constatou-se que a mediação, conduzida por um terceiro imparcial que não propõe soluções nem emite juízo de valor, mas sim estimula a comunicação e o restabelecimento do diálogo entre as partes, configura-se como um meio altamente eficaz na resolução de conflitos.

Nesse contexto, o Projeto de Extensão em mediação da UNISC cumpre um importante papel na disseminação de acesso à justiça, pois atua na Comarca de Santa Cruz do Sul, nos 05 municípios jurisdicionados, em um convênio com a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul e Gabinete de Assistência Judiciária da UNISC.

Portanto, o projeto de extensão em mediação traz uma nova concepção de acesso à justiça, priorizando técnicas desjudicializadoras como meios de soluções exequíveis e humanizadas. Ainda, seus efeitos atingem a Universidade e também os alunos e a comunidade.

Dessa maneira, para responder a problemática da pesquisa, ao final realizou uma análise do projeto de extensão. Por tal, evidenciou-se de fato a excelência do serviço prestado, proporcionando um atendimento de qualidade, de forma gratuita, fortalecendo não só o sistema de justiça, como o tripé acadêmico entre ensino, pesquisa e extensão

## 6. Referências

Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Presidência da República.

Cappelletti, Mauro; Garth, Brian (1988). *Acesso à justiça.* Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.

Moore, Christopher W (1998). *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos.* Porto Alegre: Artmed.

Pinho, Humberto Dalla Bernardina de (2016). A desjudicialização enquanto ferramenta de acesso à justiça no CPC/15: uma nova figura da usucapião por escritura pública. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, vol.17, núm.2. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/26605>. Acesso em: 16 mar. 2025.

Projeto de Extensão em Mediação (2024). *Relatório anual 2023.* Universidade de Santa Cruz do Sul: Santa Cruz do Sul.

Schaefer, Rafaela Peixoto (2021). *Mediação, no ensino na pesquisa e na extensão.* Santa Cruz do Sul: Essere nel Mundo.

Schaefer, Rafaela Peixoto; Spengler, Fabiana Marion (2019). O papel social das universidades comunitárias enquanto terceiro no tratamento dos conflitos. *Revista Direito e Paz,* vol.2, núm.41, pp.91-107. Disponível em: https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/1140. Acesso em 20 jul. 2024.

Schmidt, João Pedro (2018). *Universidades comunitárias e terceiro setor: fundamentos comunitaristas da cooperação em políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC.

Silva, Enio Wandir da (2018). *A função da universidade aos oprimidos.* [Recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo.

Soares, Thyerry Rossales; Spengler, Fabiana Marion (2022). Acesso à justiça e COVID-19: mediação on-line no Projeto de Extensão da UNISC. *Revista Jovens Pesquisadores,* vol.12, pp.1-21. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/jovenspesquisadores/article/view/17425. Acesso em: 05 ago. 2024.

Spengler, Fabiana Marion (2018). *Fraternidade, mediação e jurisdição: (des)encontros*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo.

Spengler, Fabiana Marion (2024). *Pequeno dicionário de acesso à justiça.* Tomo 1. A-L. São Carlos: Pedro & João Editores.

Spengler, Fabiana Marion; Spengler Neto, Theobaldo (2018). A (des)institucionalização da mediação pelo Poder Judiciário brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol.19, núm.3. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/39173. Acesso em: 12. maio 2025.

Spengler, Fabiana Marion; Zasso, Isabele; Schorr, Janaína (orgs.). (2015). *A justiça brasileira em debate: desafios da mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo.

UNISC (2024). *Universidade de Santa Cruz do Sul traz informações gerais sobre a instituição.* Disponível em: https://www.unisc.br/pt/home/a-universidade. Acesso em: 05 ago. 2024.

Vannucchi, Aldo (2017). *A universidade comunitária: o que é, como se faz*. São Paulo: Loyola.

Venanzi, Délvio; Sandano, Wilson (2014). Universidades comunitárias: as características na prestação de serviços públicos. *Revista Temas em Educação*, vol.23, núm.2, pp.140-155. Disponível em: https://www.proquest.com/docview/2344220756?pq-origsite=gscholar&fromopenview=true&sourcetype=Scholarly%20Journals. Acesso em: 04 ago, 2024.

Vogt, Olgário Paulo; Kipper, Maria Hoppe; Rizzato, Elizabeth Pires (2014). *UNISC: a construção de uma universidade comunitária*. [Recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: EDUNISC.

# ENTRE A DISCRIMINAÇÃO ESTRUTURAL E O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS DOS GRUPOS VULNERÁVEIS[1]

Mônia Clarissa Hennig Leal[2]

Júlia Carolina Budde[3]

[1] Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa *'Teoria da essencialidade' (Wesentlichkeitstheorie) e discriminação algorítmica: standards protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH - proposta de parâmetros de controle*, financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa - Processo 309115/2021-3, Edital Universal 10/2023 - Processo 408715/2023-5 e Edital 14/2023, Projetos em Cooperação com Comprovada Articulação Internacional - Processo 443599/2023-8), bem como do projeto *Aprimoramento dos Programas de Humanização dos serviços de saúde com base nos parâmetros de proteção dos grupos vulneráveis fixados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*, financiado pelo Ministério da Saúde e pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS (Edital FAPERGS/MS/CNPq 08/2020, Processo 21/2551-0000108-9). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa *Jurisdição Constitucional aberta* (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas - CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional *Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais*, financiado pela Capes (Edital PGCI 02/2015 - Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).

[2] Graduação em Direito pela UNISC (1999), mestrado em Direito pela UNISC (2001), doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005) e doutorado sanduíche pela Universitat Heidelberg (Ruprecht-Karls) (2004); pós-doutorado pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls) (2007). Professora Titular da UNISC e docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito, onde ministra as disciplinas de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, e de Jurisdição Constitucional. É bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq, coordenadora do grupo de pesquisa *Jurisdição Constitucional aberta*. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC. Representante brasileira no grupo de especialistas do *Programa Estado de Derecho para Latinoamerica*, da Fundação Konrad Adenauer, com sede em Bogotá. Membro da Rede ICCAL, vinculada ao Instituto Max Planck de Direito Internacional Público Comparado, com sede em Alemanha.

[3] Mestranda em Direito no Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo

## 1. Introdução

A consolidação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH), especialmente por meio da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), representa um marco fundamental no processo de internacionalização dos direitos humanos. Frente às históricas e persistentes desigualdades sociais que caracterizam a região, agravadas por estruturas excludentes e discriminatórias, torna-se imprescindível o fortalecimento de mecanismos de responsabilização internacional, capazes de promover a justiça e garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o presente artigo busca analisar as decisões condenatórias proferidas contra o Estado brasileiro no âmbito da Corte IDH, com o objetivo de verificar se, e em que medida, tais sentenças reconhecem a existência de discriminação estrutural e de vulnerabilidade, bem como as medidas determinadas para seu enfrentamento.

A atuação da Corte IDH adquire contornos cada vez mais transformadores, evidenciando uma compreensão ampliada da proteção dos direitos humanos. Sua jurisprudência tem se caracterizado pela incorporação de elementos interseccionais, pelo reconhecimento das especificidades dos grupos em situação de vulnerabilidade e pela imposição de medidas estruturantes aos Estados condenados.

Somada a essa problemática, a proposta busca, de forma específica, inicialmente contemplar o surgimento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, com especial enfoque para o papel da Corte IDH

---

Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade I. Graduada em Direito pela UNISC. Foi, durante a graduação, bolsista de iniciação científica PROBIC/FAPERGS, com o projeto: *Aprimoramento dos programas de Humanização dos serviços de saúde com base nos parâmetros de proteção dos grupos vulneráveis fixados pelo Supremos Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos* e bolsista PUIC/UNISC, com o projeto: *Teoria da Essencialidade (WESENTLICHKEITSTHEORIE) e discriminação algorítmica: standards protetivos*, ambos coordenado pela Profa. Dra. Hennig Leal. Integrante do Grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional instrumentos teóricos e práticos vinculado ao CNPq. E-mail: budde_julia@yahoo.com.br/budde1@mx2.unisc.br. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8934-543X.

enquanto guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos e do *corpus iuris* interamericano, destacando o seu papel como guardiã dos direitos dos grupos vulneráveis. Num segundo momento, busca-se estudar a noção referente aos grupos em situação de vulnerabilidade, estabelecendo-se aspectos conceituais referentes à noção de discriminação estrutural com enfoque na atuação da Corte IDH. Por fim, analisam-se as decisões das condenações brasileiras proferidas pela Corte IDH até o ano de 2024, considerando a condenação do Estado Brasileiro em 24 de novembro de 2024, no âmbito do caso Comunidades Quilombolas de Alcântara vs. Brasil, por exemplo, que incorpora a noção de discriminação estrutural e de vulnerabilidade.

O método de abordagem utilizado no âmbito da pesquisa será o dedutivo, através do qual parte-se de uma premissa maior acerca da temática dos grupos em situação de vulnerabilidade. No que tange ao método de procedimento, esse será o analítico, diante da coleta e sistematização da Corte IDH, sendo esse desenvolvido especialmente no âmbito da plataforma online da Corte. A partir disso, e, após a sistematização das decisões encontradas, busca-se uma melhor visualização acerca da argumentação utilizada sobre a temática da proteção de grupos em situação de vulnerabilidade proferidas pela Corte IDH. Por fim, destaca-se a técnica de pesquisa a ser utilizada, a qual consiste na documental e bibliográfica, buscando-se bibliografia a respeito da temática, especialmente à criação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A escolha da Corte IDH como objeto de análise justifica-se por sua posição de destaque no desenvolvimento da proteção multinível de direitos humanos no continente. Com competência consultiva e contenciosa, a Corte tem ampliado seu papel para além da jurisdição punitiva, adotando decisões com impacto normativo e político sobre os ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Tais decisões, ao reconhecerem o contexto de vulnerabilidade de determinados grupos, como negros, indígenas, migrantes, mulheres, pessoas em situação de pobreza extrema, entre outros, impõem obrigações específicas aos Estados, muitas vezes exigindo reformas institucionais e políticas públicas reparadoras. Nesse sentido, destacam-se casos como, por exemplo o caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus vs Brasil, do ano de 2020 e o caso

das Comunidades Quilombolas de Alcântara vs. Brasil, que serão abordados nos tópicos do artigo.

## 2. Desenvolvimento

Em busca de responder ao problema, necessário se faz compreender o histórico de formação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Nesse sentido, considerando-se o objetivo específico da proposta contempla-se inicialmente no surgimento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, especialmente com relação ao papel da Corte IDH enquanto guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos e do *corpus iuris* interamericano. Somado a isso, tem-se também o papel também de guardiã que o órgão da Corte IDH exerce sobre os direitos dos grupos vulneráveis.

Nesse sentido, compreende-se, segundo afirmado por Bobbio (1992), que o movimento de internacionalização dos Direitos Humanos se deu em decorrência da Segunda Guerra Mundial, bem como diante das barbáries que ali ocorreram. Desenvolveu-se a partir de então, uma preocupação de nações, especialmente os países do continente americano, na construção de sistemas globais e regionais de protec¸ o, a fim de que fosse garantido “um mínimo de protec¸ o a todos os seres humanos, independentemente da sua raça, origem, cor, idade, sexo, religião, nacionalidade, etc. em qualquer lugar do mundo” (Bobbio 1992: p.19). Tal preocupação, reflete-se na criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), na intenção de promover direitos de proteção a pessoa humana, inclusive no que tange à proteção de Direitos Fundamentais.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), destaca-se a figura da Convenção Americana de Direitos Humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), atores fundamentais na proteção multinível dos direitos. Composta por sete membros eleitos em caráter pessoal pelo Conselho da Organização do Estados Americanos (Proner 2002), a Corte IDH entrou em vigor através do Pacto de São José da Costa Rica em 18 de julho de 1978, sendo instalada oficialmente em sua sede na cidade de Costa Rica em 03 de setembro de 1979.

A Corte IDH, por sua vez, possui duas competências distintas: a competência consultiva e a competência jurisdicional. A primeira, consiste em emitir Opiniões Consultivas em caso de omissões e dúvidas a serem sanadas pelos estados solicitantes, podendo o parecer direcionar, por exemplo à adequação de leis ou políticas públicas. (Leal e Lima 2021). A competência contenciosa, nas palavras de Leal e Lima (2021), traz a competência do órgão em julgar casos que são levados a seu conhecimento, em desfavor dos Estados-Parte, expedindo sentenças, impondo aos Estados condenados medidas a serem determinadas, etc. (Leal e Lima 2021: p.36):

> *A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, detém uma competência consultiva e jurisdicional (contenciosa). A primeira consiste em emitir Opiniões Consultivas (OCs) referentes a assuntos englobados pela Convenção Americana, pela Declaração Universal, pela Declaração Americana ou por qualquer outro documento jurídico internacional que verse sobre a proteção de direitos humanos, quando há alguma dúvida a ser sanada, omissão a ser clareada ou entendimento a ser firmado no contexto do Sistema Interamericano. Já a competência jurisdicional (contenciosa) refere-se ao reconhecimento da Corte IDH como órgão de jurisdição internacional, isto é, como órgão com competência para processar e julgar os casos contenciosos levados ao seu conhecimento, referentes a violações de direitos humanos reconhecidos internacionalmente, podendo, assim, condenar os Estados, impondo penalidades e determinando a adoção de medidas a serem cumpridas.*

Dessa forma, a importância da jurisprudência que se têm através de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo Moraes e Leal (2021: p.77) se dá não só pelo seu amplo alcance, como também ose dá em virtude do olhar que o órgão destina aos grupos em situação de vulnerabilidade:

> *Em razão do amplo alcance das decisões proferidas nacional e internacionalmente e da necessidade de voltar o olhar aos grupos vulneráveis, o recorte utilizado nesta análise será em relação aos grupos em situação de vulnerabilidade com base no princípio da igualdade. Parte-se, assim, do conceito de grupos vulneráveis*

> *enquanto gênero, do qual o conceito de minorias configura-se como uma espécie que se subdivide em diferentes minorias: étnicas, religiosas, sexuais, raciais, dentre outras - possuindo, na condição de minorias, um vínculo subjetivo de solidariedade que une os membros desses grupos. De forma a delimitar a busca jurisprudencial, permitindo uma visão ampla do processo decisório das cortes quanto aos grupos vulneráveis, tem-se no princípio da igualdade outra característica que sustenta a luta por direitos destes grupos, em especial frente ao caráter contramajoritário que detém os tribunais na análise de questões relativas a esses direitos.*

Inclusive, verifica-se que a Corte IDH assume também um importante papel de caracteríticas transformadoras, em função de sua jurisprudência consolidada na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade, tendo como pilar central as vítimas, visando, pois, à construção de um processo de fortalecimento dos direitos humanos amparado no reconhecimento de situações de vulnerabilidade e de violações sistemáticas que perpetuam-se (Cançado Trindade 2018). Além disso, Moraes e Leal (2022) demonstram que esse mandado transformador da Corte IDH pode ser demonstrado por meio da utilização de sentenças estruturantes, por exemplo, ao passo em que essas sentenças podem contribuir na mudança da realidade social obtida através de políticas transformadoras, especialmente no que diz respeito à promoção de direitos humanos.

Ainda com relação à jurisprudência da Corte IDH, conforme trazido por Piovesan (2008), o órgão emite medidas que objetivam a restauração do direito violado no caso discutido, podendo ainda, condenar o Estado a ressarcir a parte lesada, fazendo a sentença valer como um título executivo. O órgão da Corte IDH deixa evidente que devem ser protegidos perante o órgão da Corte IDH não só os direitos previstos na Convenção, como também direitos previstos em todo o conjunto de normas a nível internacional que têm como objetivo comum a proteção dos direitos humanos (Trindade 2000), especialmente quando esgotadas as vias internas de salvaguarda desses direitos.

A perspectiva que se tem através do bloco de convencionalidade pode representar a importância da proteção de direitos previstos no conjuntos de normas. Conforme trazido pelo Juiz Ferrer (Corte IDH 2010), o bloco de

convencionalidade pode ser reproduzido como uma interação entre as jurisdições nacionais e internacionais, ambos com o objetivo de comum de proteção de direitos humanos. O bloco de convencionalidade, em conjunto com a ferramenta do constitucionalismo transformador, por exemplo, resulta em uma junção postiva diante da proteção de grupos em situação de vulnerabilidade no contexto interamericano.

A perspectiva do constitucionalismo transformador, por sua vez, associado a uma forma de interpretar e aplicar normas constitucionais de modo a promover uma mudança social profunda, busca alcancar determinados objetivos fundamentais. Boganday (2019: p.232) destaca que a região da América Latina destaca a recorrência de episódios de violências refletidos pela exclusão social e extrema desigualdade. Além disso, Gargarella (2019) atribui à América Latina uma problemática relacionada à democracias defeituosas, exclusão econômica e exclusão social.

Nesse sentido que os *grupos em situação de vulnerabilidade* recebem destaque perante a jurisprudência da Corte IDH, que, segundo Beloff e Clérico (2016), os grupos sofrem com episódios de violações de direitos sociais, o que por conseguinte, torna- possível identificar a importância da ação estatal, por exemplo, considerando seu dever de atuação, em adotar medidas e estratégias que visem a acabar, ou ao menos reduzir, situações de vulnerabilidade. Outrossim, Ramirez e Sanches (2020) estebelcem que a jurisprudência da Corte IDH consiste na proteção de indivíduos que fazem parte de uma comunidade vulnerável e que necessitam de adoções de medidas de equilíbrio, por exemplo, para o alcance de um direito de igualdade perante os demais. Ramirez e Sanches (2020) definem os grupos em situação de vulnerabilidade como aqueles mais fracos entre os fracos, fazendo com que esse grupo necessite também do reconhecimento de direitos e que suas desigualdades sejam compensadas com medidas especiais.

Verifica-se, nesse sentido, que a jurisprudência da Corte IDH considera a sensibilidade das pessoas e grupos frente às ameaças, especialmente em relação à fragilidade física e à fragilidade social, como no caso dos indígenas, migrantes, os pobres, entre outros. Saldanha e Bohrz (2017) trazem ainda a afirmação de que em suas decisões e também nas Opiniões Consultivas, a

Corte IDH traz o entendimento de que os Estados devem atuar na proteção de pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade, em razão da sua condição especial, ou em razão da situação específica em que se encontram.

Destaca-se, nesse sentido, a condenação do Brasil no Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus vs. Brasil, do ano de 2020. O caso, de acordo com o que foi submetido ao órgão da Corte IDH pela Comissão Interamericana, expõe que o caso se relaciona à:

> *(…) explosão de uma fábrica de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, em que 64 pessoas morreram e seis sobreviveram, entre elas 22 crianças* (Corte IDH 2020: p.4).

Na oportunidade, o Brasil foi responsabilizado pela violação e diversos direitos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Entre eles, destacam-se o direito à vida e à integridade pessoal (artigos 4.1 e 5.1), o direito a condições de trabalho justas, seguras e saudáveis, os direitos das crianças, o direito à igualdade e à não discriminação (artigo 24), bem como os direitos às garantias processuais e à proteção judicial efetiva (artigo 25). A condenação teve por base a ausência de uma investigação adequada e a não punição dos responsáveis pelos fatos ocorridos, além da violação do direito à integridade pessoal dos familiares das vítimas fatais e dos sobreviventes da explosão (artigo 5), especialmente pela falta de opção de trabalho para os que viviam na região de Santo Antônio de Jesus em virtude da

> *(…) situação de pobreza, não tinham outra alternativa senão aceitar um trabalho como aquele ali desenvolvido, considerado de alto risco, com baixa remuneração e sem medidas de segurança adequadas* (Corte IDH 2020: p.4).

A condenação da Corte IDH teve especial destaque pela falta de *fiscalização que ocasionou a violação do direito a condições equitativas e satisfatórias que garantam a segurança, a saúde e a higiene no trabalho* (Corte IDH 2020: p.43), regidos no artigo 26 da Convenção Americana. Nesse sentido, verifica-se que a Corte Interamericana reconheceu que o ponto jurídico central do caso envolvia a possível responsabilização internacional do Estado em razão de sua

omissão no dever de fiscalização. Tal omissão teria contribuído para a violação do direito a condições de trabalho seguras, salubres e adequadas, direito assegurado pelo artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (Corte IDH 2020).

Destaca-se, ainda, o caráter discriminatório do desastre, aspecto que tem recebido atenção reiterada por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Tribunal tem consolidado o entendimento de que incumbe aos Estados a obrigação não apenas de se absterem de adotar normas de natureza discriminatória, mas também de revogar disposições legais com esse teor, combater práticas discriminatórias persistentes e adotar medidas legislativas e administrativas que garantam a igualdade efetiva de todas as pessoas perante a lei (Corte IDH 2020: p.52). A discriminação sofrida pelas vítimas reflete-se, especialmente, na:

> *(…) condição de mulheres e afrodescendentes, quanto por sua situação de pobreza, bem como pela falta de adoção de medidas de ação positiva para garantir seus direitos convencionais* (Corte IDH 2020: p.53).

Inclusive, de acordo com o que expõe a prova testemunhal, reconheceu-se que as supostas vítimas, em razão da discriminação estrutural associada à condição de pobreza e, diante da ausência de alternativas reais de subsistência, os indivíduos afetados foram compelidos a aceitar relações laborais marcadas por condições de extrema vulnerabilidade, as quais se revelam incompatíveis com os padrões de dignidade previstos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e que, em última análise, atuaram como fatores determinantes para sua condição de vitimização, conforme:

> *(…) a senhora Leila Cerqueira dos Santos afirmou: «Só este trabalho estava disponível, porque ou trabalhávamos na fábrica ou em casas de família, mas muitas famílias não nos empregavam porque pensavam que éramos de um bairro pobre e que poderíamos furtar ou cometer furtos, e então nos discriminavam, não nos aceitavam». Depoimento prestado por Leila Cerqueira dos Santos, supra* (Corte IDH 2020: p.55).

Verificam-se fatores que se somavam a desvantagens econômicas e socias, causando um fenômeno que a sentença descreve como *uma confluência de fatores de discriminação* (Corte IDH 2020: p.55).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que as vítimas do caso se encontravam expostas a diversas formas de discriminação estrutural e interseccional, vinculadas à situação de pobreza, ao pertencimento étnico-racial enquanto mulheres e meninas afrodescendentes e, em alguns casos, à condição de gestação. A convergência desses fatores produziu desvantagens acumuladas que restringiram de forma significativa suas possibilidades de subsistência, levando-as à inserção em contextos laborais marcados por exploração e riscos à integridade (Corte IDH 2020).

A Corte IDH ressaltou que a condição de vulnerabilidade enfrentada pelas vítimas era plenamente conhecida pelo Estado, conforme demonstrado por dados oficiais que evidenciavam a precariedade socioeconômica da região e a desigualdade no acesso a empregos formais por parte de mulheres negras. Diante desse cenário, o Tribunal enfatizou que recaía sobre o Estado um dever agravado de fiscalização e proteção, sobretudo no que se refere às condições de saúde, segurança e higiene no ambiente de trabalho. A omissão estatal no cumprimento dessas obrigações configurou não apenas a violação do direito a condições laborais justas e adequadas, mas também a reprodução e intensificação do ciclo de discriminação estrutural que marcava a experiência das vítimas (Corte IDH 2020).

Outra condenação brasileira pertinente à análise quanto questões raciais diz respeito ao caso das Comunidades Quilombolas de Alcântara vs. Brasil, que trata da responsabilidade do estado brasileiro pelo impacto causado em propriedade coletiva de Comunidades Quilombolas de 85.537 hectares de território no âmbito do município de Alcântara, no Estado do Maranhão, motivada por suposta falta de emissão de títulos de propriedade (Corte IDH 2024: p.4).

Conforme a decisão, o Estado brasileiro violou os direitos à propriedade coletiva e à liberdade de circulação e residência das Comunidades Quilombolas de Alcântara, em razão da falha em promover a delimitação, demarcação, titulação

e desintrusão do território tradicionalmente ocupado pelas comunidades, por exemplo, bem como na falha da emissão de títulos de propriedade individual em detrimento do reconhecimento da propriedade coletiva, também pela omissão estatal em assegurar o uso e o gozo plenos do território, inclusive no que se refere à ausência de medidas compensatórias diante de restrições o direito das comunidades à circulação, ao exercício de práticas religiosas, à subsistência econômica e à alimentação (Corte IDH 2024: p.18). Ademais, o Estado também foi responsabilizado por não ter realizado consulta prévia, livre e informada às comunidades quilombolas sobre decisões e projetos suscetíveis de impactar seus direitos e modos de vida (Corte IDH 2024: p.18).

A Comissão trouxe aos autos a desapropriação de cerca de 52.000 hectares dos territórios ocupados pelas Comunidades Quilombolas de Alcântara para a implantação do Centro de Lançamento Aeroespacial de Alcântara (CLA) e para o reassentamento forçado de 31 das 171 comunidades em sete agrovilas, o que resultou em impactos significativos sobre essas populações (Corte IDH 2024: p.4). Destaca-se ainda a falta de assistência jurídica a esses grupos, fator que agravou as violações a seus direitos, como por exemplo, à alimentação adequada, à água, à moradia digna, à participação na vida cultural e ao meio ambiente saudável:

> *Importante destacar a relação intrínseca dos povos tribais com suas terras, que deve ser compreendida como elemento essencial para a preservação de suas culturas, espiritualidade, integridade física e moral, bem como de seus sistemas econômicos e sociais. Para essas populações, a terra não constitui apenas um bem material vinculado à posse e à produção, mas representa um componente material e espiritual indispensável à sua existência, sendo fundamental para a proteção do patrimônio cultural e sua transmissão às gerações futuras* (Corte IDH 2024: p.44).

Ressalta-se que a Corte IDH faz destaque à omissão estatal em assegurar o direito dos povos tribais de participar livremente da vida cultural. Em concordância a isso, destaca-se especialmente o procedimento da audiência pública realizada no processo, momento em que o tribunal da Corte IDH nota que o Estado brasileiro reconheceu a persistência da desigualdade racial e os

elevados índices de exclusão social, e que o fenômeno decorre de um processo histórico de perpetuação de estruturas discriminatórias. Nesse sentido, inegável que o racismo no Brasil não se manifesta apenas de forma individual ou episódica, mas resulta de um sistema institucionalizado de práticas e políticas excludentes, que ao longo do tempo padrões de marginalização e negação de direitos, por exemplo:

> *Quanto ao contexto, a Corte nota que, na audiência pública do presente caso, o Estado apontou que a desigualdade racial e os altos índices de exclusão social foram historicamente perpetuados em nível estrutural e que o racismo no Brasil é resultado do conjunto de instituições e práticas excludentes. Apesar disso, em suas alegações finais escritas, o Estado salientou que, embora o reconhecimento geral da «situação histórica de racismo estrutural da população negra e dos remanescentes de quilombos no Brasil» seja importante para contextualizar o assunto em estudo, não implica o reconhecimento da violação do artigo 24 da Convenção Americana no presente caso. Portanto, o Brasil não reconheceu a responsabilidade internacional pelo impacto da discriminação estrutural no gozo do direito à igualdade e dos direitos econômicos, sociais e culturais das Comunidades Quilombolas de Alcântara* (Corte IDH 2024: p.12).

A jurisprudência da Corte IDH, por sua vez, reconhece que os povos indígenas e tribais, enquanto sujeitos de direitos, detêm direitos de viver livremente em seus territórios tradicionais, fator enraizado na relação que possuem com a terra, que deve ser compreendida como fundamento essencial de suas culturas, de sua vida espiritual, de sua integridade física e cultural, além de sustentar seus próprios sistemas de organização econômica (Corte IDH 2024: p.44). Para esses grupos, a terra, bem como o território, não se limita a uma natureza possessória ou produtiva, mas representam também um bem de natureza material e espiritual indispensável à preservação de seu patrimônio cultural, à continuidade de seus modos de vida e à transmissão de saberes e tradições (Corte IDH 2024: p.44).

De acordo com isso, a Corte entende que os Estados não apenas devem evitar

comportamentos que gerem, direta ou indiretamente, discriminações, mas também têm a obrigação de implementar ações afirmativas voltadas à superação das desigualdades estruturais que afetam grupos historicamente excluídos. Esse dever inclui uma obrigação especial de proteção, que se estende inclusive às situações em que agentes privados praticam atos discriminatórios com a tolerância ou omissão do poder público.

> *Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana, a Corte indicou que qualquer violação de uma obrigação internacional que tenha causado dano implica o dever de repará-lo adequadamente e que essa disposição reflete uma regra consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade de um Estado. A reparação do dano causado pela violação de uma obrigação internacional exige, sempre que possível, a restituição total (restitutio in integrum), que consiste no restabelecimento da situação anterior* (Corte IDH 2024: p.94).

Assim, ao verificar-se a necessida de olhar mais para o caso concreto, torna-se possível afirmar que o órgão jurisdicional interamericano contribui para a não *naturalização* do fenômeno da vulnerabilidade. Dessa forma, Leal e Lima (2021) estabelecem a Corte IDH, ao averiguar um caso específico, confere, portanto, maior grau de importância a ele, reconhecendo-o como um problema que deve ser combatido, afim de evitar violações de direitos humanos, principalmente no que tange aos direitos à igual proteção perante a lei e à não-discriminação.

## 3. Conclusão

A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tem se revelado como um mecanismo essencial na consolidação de uma proteção efetiva e contextualizada dos direitos humanos no continente americano, especialmente diante das desigualdades estruturais e da perpetuação histórica de práticas discriminatórias. A análise empreendida evidencia que a Corte IDH tem adotado uma postura sensível à complexidade das violações de direitos sofridas por grupos em situação de vulnerabilidade. Longe de adotar uma

abordagem genérica ou formalista, a Corte desenvolve um raciocínio jurídico voltado para o caso concreto, reconhecendo a necessidade de considerar contextos sociais, econômicos e culturais que reforçam a exclusão.

O reconhecimento da discriminação estrutural como fenômeno sistêmico implica o reposicionamento do papel do Estado, que passa de um agente neutro para um ator responsável por reparar desigualdades históricas. As medidas impostas pela Corte IDH, somadas ao bloco de convencionalidade, que por sua vez impõe aos Estados o dever de interpretar e aplicar as normas internas em conformidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados, faz com que os Estados não apenas garantam a efetividade dos compromissos assumidos no plano internacional, como também contribuam para a formação de uma cultura jurídica baseada na dignidade humana, na igualdade substancial e na não discriminação.

A Corte IDH, ao reconhecer que os direitos não são exercidos em condições de igualdade por todos os indivíduos, assume um papel essencial no enfrentamento da desigualdade sistêmica. A proteção diferenciada, justificada por contextos específicos de vulnerabilidade, não representa privilégio, mas uma tentativa de alcançar a isonomia material, princípio fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos humanos.

Nesse sentido, é possível afirmar que a jurisprudência da Corte IDH contribui significativamente para a construção de uma justiça interamericana orientada por uma lógica de equidade e reparação estrutural. As condenações brasileiras analisadas revelam que, embora ainda haja desafios quanto à implementação integral das decisões, o papel normativo e simbólico da Corte exerce influência no aperfeiçoamento do sistema jurídico nacional.

## 4. Referências

Beloff, Mary; Clérico, Laura (2016). Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad em la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Revista Estudios Constitucionales*, año 14, núm.1, pp.139-178.

Bobbio, Norberto (1992). *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Campos.

Bodgandy, Armin Von (2019). O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e legitimidade de um processo jurisgenético extraorginário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas (UniCEUB)*, vol.9, núm.2, pp.232-252.

Borges, Bruno Barbosa (2018)**.** *O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições.* Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Gargarella, Roberto (2019). La revisión judicial en democarias defectuosas. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas,* vol.9, núm.2, pp.152-167.

Leal, Mônia Clarissa Hennig (2018). Derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad: no dicriminación e interseccionalidad en la perspectiva de la Corte Interamericana de Direchos Humanos. Em: Arroyo, César Landa (ed). *Derechos fundamentales: actas de las III Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales*. Lima: Palestra, pp.271-291.

Leal, Mônia Clarissa Hennig; Lima, Sabrina Santos (2021). *A atuação da corte interamericana de direitos humanos na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: discriminação estrutural e sentenças estruturantes.* São Paulo: Tirant lo Blanch. Disponível em: https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/2934/1/Sabrina%20Santos%20Lima.pdf. Acesso em: 06 de maio 2023.

Luna, Florencia (2019). Elucidating the concempt of vulnerability: layers, not labels. *International Journal of Feminist Approaches to Biothics*, p.121-139. Disponível em: https://philpapers.org/rec/LUNETC-2. Acesso em: 19 março 2025.

Moraes, Maria Valentina de (2023). *A (in)existência de estrutura institucional para execução das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que toca à implementação de políticas públicas pelo Brasil: uma proposta de instrumentalização do Estado a partir da teoria dialógica e da perspectiva das sentenças estruturantes.* Tese - Doutorado em Direito. Brasil: Universidade de Santa Cruz do Sul.

Organização dos Estados Americanos (1969). *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).* São José, Costa Rica, 7 a 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2024.

Organização dos Estados Americanos (2021). *Opinião Consultiva 28/21. La Figura da Reeleição Presidencial Indefinida nos Sistemas Presidenciais no Contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.* San José, Costa Rica, 7 de junho de 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf. Acesso em: 30 set. 2024.

Piovesan, Flávia (2008). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* São Paulo: Saraiva.

Proner, Carol (2002). *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do Sistema Interamericano de Proteção.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

Saldanha, Jânia Maria Lopes; Bohrz, Clara Rossato (2017). A vulnerabilidade nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Huamnos (Corte IDH: impacto nas políticas públicas e no modelo econômico dos Estados). *Anuario de derecho constitucional latino-americano,* año XXIII, pp.481-502.

Trindade, Antônio Augusto Cançado (2000). *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas.* Brasília: Editora Universidade de Brasília.

Trindade, Antônio Augusto Cançado (2018). *El ejercicio de la función judicial internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* Belo Horizonte: Del Rey.

# O DESAFIO DOS *SLAPPS*: A INTERAÇÃO ENTRE TRIBUNAIS NACIONAIS E O DIREITO EUROPEU À LUZ DA DIRETIVA (UE) 2024/1069

Ana Beatriz Contins Carcau[1]

## 1. Considerações introdutórias

Os processos estratégicos contra a participação pública (doravante, *SLAPPs*[2]) consubstanciam uma ameaça grave aos direitos fundamentais protegidos no âmbito da União Europeia, desde logo ao direito à liberdade de expressão, à informação e à participação pública[3]. Reconhecidos como processos judiciais abusivos, os *SLAPPs* são instaurados por entidades poderosas, com vista a silenciar, intimidar e deslegitimar jornalistas, defensores de direitos humanos e organizações não governamentais[4]. O propósito central dos *SLAPPs* é provocar um desgaste psicológico e financeiro significativo às vítimas e comprometer a sua reputação[5], de maneira a desencorajar a sua atuação legítima em questões de interesse público[6].

---

[1] Mestranda em Direito da União Europeia, Universidade do Minho (Braga, Portugal).

[2] *Strategic Lawsuit Against Public Participation*.

[3] Cf. Considerando (4) e (7) da Diretiva (UE) 2024/1069.

[4] Cf. Considerando (6) e (15) da Diretiva (UE) 2024/1069.

[5] Para perceber de forma mais detalhada como se pode materializar este desgaste e deterioração da reputação, ver: Papadopoulou, Lambrine; Maniou, Theodora A. (2024). 'SLAPPed' and censored? Legal threats and challenges to press freedom and investigative reporting. *Journalism*, vol.26, núm.2, pp.1-19. https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/14648849241242181.

[6] Cf. Considerando (14) e (16) da Diretiva (UE) 2024/1069.

Em abril de 2024, reconhecendo o impacto potencial destas ações nos valores fundamentais da União Europeia e a necessidade da regulação desta questão a nível regional, foi adotada a Diretiva (UE) 2024/1069[7], destinada a proteger os sujeitos envolvidos na participação pública contra ações judiciais manifestamente infundadas e intentadas de má-fé[8]. Este instrumento jurídico constitui um passo substancial na luta contra esta forma de abuso judicial, procurando assegurar a tutela jurisdicional efetiva e a proteção de direitos fundamentais[9].

De maneira a melhor compreender o impacto que este novo instrumento terá no panorama judicial da União, particularmente no que respeita à sua aplicação pelos tribunais funcionalmente europeus e à garantia da tutela jurisdicional efetiva, vai-se analisar as garantias que esta Diretiva prevê, bem como explorar eventuais desafios inerentes à sua implementação pelos Estados-Membros.

## 2. Enquadramento geral: *SLAPPs* e o quadro jurídico europeu

Na sociedade atual, a participação pública é um elemento crucial para o funcionamento eficaz e democrático das instituições, permitindo a divulgação e discussão de questões diretamente relacionadas com o interesse público[10]. Contudo, os *SLAPPs* constituem uma séria ameaça a este ideal, já que estes processos judiciais abusivos são movidos por entidades poderosas, não com o propósito de fazer valer um direito, mas sim com o objetivo deliberado de impedir, restringir ou penalizar a participação pública e silenciar vozes críticas em temas especialmente controversos ou sensíveis[11].

[7] Diretiva (UE) 2024/1069 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de abril de 2024 relativa à proteção das pessoas envolvidas na participação pública contra pedidos manifestamente infundados ou processos judiciais abusivos (*ações judiciais estratégicas contra a participação pública*).

[8] Cf. Considerando (28) da Diretiva (UE) 2024/1069.

[9] Cf. Considerando (52) da Diretiva (UE) 2024/1069.

[10] Cf. Artigo 4.º, nº1 e 2 da Diretiva (UE) 2024/1069.

[11] Cf. Artigo 4.º, nº3 da Diretiva (UE) 2024/1069.

Apesar de, num primeiro momento, estas parecerem ações com fundamento legítimo, a verdade é que os *SLAPPs* afetam o tecido social ao criarem um *chilling effect*[12] sobre os intervenientes na participação pública. Este efeito dissuasor inibe não apenas as vítimas destes processos, mas também outros potenciais intervenientes, que podem evitar envolver-se no debate público por receio de represálias jurídicas. Assim, este é um fenómeno que compromete a diversidade de opiniões e mina os valores que sustentam o pluralismo e a democracia[13].

Tendo em conta que estas ações normalmente implicam um grande desequilíbrio entre as partes, uma vez que o demandante, em regra, é uma entidade poderosa[14], dotada de maior influência financeira ou política do que o demandado[15], tornou-se evidente a necessidade de estabelecer garantias processuais robustas[16]. Estas garantias destinam-se a proteger os demandados e assegurar o direito à liberdade de expressão e à informação, bem como a plena salvaguarda de todas as dimensões da tutela jurisdicional efetiva.

Neste sentido, em 2022, como passo preliminar da atual Diretiva, surgiu a Recomendação (UE) 2022/758[17] demonstrando a preocupação da Comissão no

---

[12] De acordo com a *Foundation for Individual Rights and Expression,* o *chilling effect* consiste num fenómeno onde indivíduos são desencorajados do exercício legítimo dos seus direitos legais, desde logo, da liberdade de expressão, devido a uma ameaça de sanção legal: https://www.thefire.org/research-learn/chilling-effect-overview (consultado: 16 de dezembro de 2024).

[13] Bodnar, Adam; Gliszczynska-Gabris, Aleksandra (2023). Strategic Lawsuits against Public Participation (SLAPPs), the Governance of Historical Memory in the Rule of Law Crisis, and the EU Anti-SLAPP Directive. *European Constitutional Law Review*, 19, pp.644-645. https://doi.org/10.1017/S1574019624000063.

[14] Nos termos do Considerando (15) da Diretiva (UE) 2024/1069 podemos considerar entidades poderosas: indivíduos, grupos de lóbis, grandes sociedades comerciais, políticos e órgãos do Estado.

[15] Nos termos do Considerando (6) e do considerando (10) a (12) da Diretiva (UE) 2024/1069 os demandados são, por regra, jornalistas, editores, organizações de comunicação social, denunciantes e defensores de direitos humanos, organizações da sociedade civil, ONG, sindicatos, artistas, investigadores e membros da comunidade académica.

[16] Garantias previstas no Capítulo II da Diretiva (UE) 2024/1069 e que serão alvo de análise mais adiante.

[17] Recomendação (UE) 2022/758 da Comissão, de 27 de abril de 2022 sobre a proteção dos jornalistas e dos defensores dos direitos humanos envolvidos em processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública (*Ações judiciais estratégicas contra a participação pública*).

combate aos *SLAPPs*. Esta recomendação forneceu orientações práticas aos Estados-Membros para mitigar os efeitos negativos desta forma de litigação e prevenir o abuso judicial[18], preparando assim o caminho para a criação de um instrumento jurídico vinculativo.

Reconhecendo o impacto negativo dos *SLAPPs*, a União criou um quadro normativo com vista à prevenção e combate destas práticas, surgindo assim a Diretiva (UE) 2024/1069[19]. Esta Diretiva aplicar-se-á a processos manifestamente infundados de natureza transfronteiriça intentados contra pessoas singulares e coletivas devido ao seu envolvimento na participação pública[20], permitindo a harmonização das garantias jurídicas contra estas ações judiciais abusivas. Este instrumento reflete a preocupação da União Europeia com a proteção da participação pública e a integridade do sistema judicial, assegurando um equilíbrio entre o acesso à justiça e a proteção contra processos de natureza abusiva.

## 3. O direito à liberdade de expressão na União Europeia

O direito à liberdade de expressão[21] é um pilar fundamental do sistema jurídico da União, encontrando-se representado na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE, doravante) e estando diretamente conectado com os ideais democráticos da União.

---

[18] A título de exemplo pode apontar-se o Considerando (9) da Recomendação (UE) 2022/758 que demonstra os fatores que podem indiciar a presença de um *SLAPP*, o Considerando (17) onde se sublinha que os *SLAPPs* são um problema na maioria dos Estados-Membros como se pode aferir pelos relatórios da Comissão sobre o Estado de direito e ainda o ponto 4. que determina que os Estados-Membros devem incluir no direito nacional, para processos estritamente nacionais, garantias semelhantes às previstas nos instrumentos europeus.

[19] Esta diretiva é informalmente conhecida como *Daphne Law*, em honra da jornalista de investigação Daphne Caruana Galizia que no momento do seu assassinato em 2017 era alvo de 48 *SLAPPs* por supostos delitos de difamação, sendo certo que alguns destes processos continuam a decorrer. https://www.daphne.foundation/en/2024/04/16/daphnes-law-official (consultado: 17 de dezembro de 2024).

[20] Cf. Artigo 1.º da Diretiva (UE) 2024/1069.

[21] Representado no artigo 11.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

O artigo 11.º da CDFUE consagra o direito à liberdade de expressão e de informação, sendo este compreendido pela liberdade de opinião e pela liberdade e pluralismo dos meios de comunicação social. Nos termos do nº1 deste artigo, garante-se a liberdade de opinião e de receber e transmitir informações e ideias, sem ingerência de poderes públicos. Por outro lado, o nº2 trata, de forma isolada, da liberdade dos meios de comunicação social. Este isolamento justifica-se pelo impacto que os *media* têm junto da população em geral enquanto potenciais condutores da formação da opinião pública[22].

A liberdade e pluralismo dos meios de comunicação social são essenciais para o funcionamento adequado de uma sociedade democrática, já que permitem que os cidadãos participem ativamente no debate público, partilhem opiniões e desenvolvam pensamentos críticos e informados[23]. No mesmo sentido parece ir o Protocolo nº 29 anexo ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia[24], que determina que os serviços de radiofusão estão diretamente relacionados com a natureza democrática dos Estados-Membros e, por consequência, estão também conectados com a ideia do pluralismo dos *media*, permitindo assim o fortalecimento do princípio democrático no qual assenta a estrutura da União Europeia[25].

No contexto dos *SLAPPs*, a liberdade de expressão e dos meios de comunicação social pode estar diretamente ameaçada, já que estas ações têm como objetivo silenciar os intervenientes na participação pública, limitando a liberdade de opinião e o acesso à informação. Assim sendo, a ausência de salvaguardas eficazes contra *SLAPPs* pode comprometer o sistema jurídico, expondo os demandados a processos onerosos e demorados, bem como à perda de confiança no sistema judicial.

---

[22] Ferraz, Maria Ana; Guerra, Filipe (2024). Article 11 - Freedom of expression and information. Em: Silveira, Alessandra; et al. *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Commentary*. Jusgov: Uminho Law School, p.126.

[23] Ibidem, pp.127-129.

[24] Protocolo (nº29) Relativo ao Serviço Público de Radiofusão Nos Estados-Membros, anexo ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

[25] Cf. Artigo 2.º do Tratado da União Europeia.

## 4. Tribunais funcionalmente europeus e o direito de acesso à justiça

Os tribunais nacionais desempenham um papel essencial na estrutura judicial da União, atuando como tribunais funcionalmente europeus e, nesta senda, no quadro das relações entre o contencioso da União e o contencioso dos Estados-Membros destaca-se um conjunto de mecanismos que alicerçam esta relação[26].

Num primeiro nível, a relação entre os diferentes patamares de contencioso aqui analisados passa pela aplicação de um conjunto de princípios, como é o caso do princípio da tutela jurisdicional efetiva. Este princípio, altamente desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante, TJUE)[27], encontra consagração expressa no Direito originário no artigo 19.º, nº 1, segundo parágrafo do Tratado da União Europeia, mas também no artigo 47.º da CDFUE. Este último artigo determina que *toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal*, garantindo que esta ação seja julgada de forma equitativa por um tribunal independente e imparcial[28].

Assim, este princípio consagra o direito dos cidadãos a aceder a meios jurisdicionais para a proteção dos seus direitos. No entanto, não basta ter acesso, é ainda necessário que os meios existentes sejam eficazes, ou seja, as

[26] Para melhor compreender as várias dimensões inerentes aos tribunais nacionais na sua veste de tribunais funcionalmente europeus ver: Silveira, Alessandra (2017). Tribunais nacionais. Em: Brandão, Ana Paula; Pereira Coutinho, Francisco; Camisão, Isabel; Covelo de Abreu, Joana (coord.). *Enciclopédia da União Europeia.* Portugal: Petrony Editora, pp.455-458.

[27] Alguns destes desenvolvimentos notaram-se com o acórdão Associação Sindical dos Juízes Portugueses (processo C-64/16), onde se determinou que que a tutela jurisdicional efetiva não é apenas um direito fundamental, mas também *um princípio geral do Direito da União que decorre das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (...) e que é atualmente confirmado no artigo 47.º da Carta* e também que *(...) os Estados-Membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar aos interessados o respeito do seu direito a uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo Direito da União*. Também se destaca o acórdão LM (processo C-216/18 PPU) onde o TJUE afirmou que *cabe aos órgãos jurisdicionais nacionais e ao Tribunal de Justiça garantir a plena aplicação do Direito da União em todos os Estados-Membros, bem como a proteção jurisdicional dos direitos que para os litigantes emergem do referido direito*.

[28] Cf. Artigo 47.º, 2º parágrafo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

decisões devem sempre ser devidamente fundamentadas tendo em conta todos os factos apresentados ao longo do processo[29]. Cumpre ainda referir que o juiz nacional acaba por ter um papel de ainda mais destaque no âmbito do direito europeu derivado, como é o caso da Diretiva aqui em análise, já que este assume a função de fiscalizador e garante da legalidade ao nível da atuação europeia[30].

Num segundo nível, os tribunais nacionais têm a função de empregar o Direito da União aos casos concretos que envolvam a sua aplicação, o que significa que são pontos descentralizados de aplicação das normas europeias. No entanto, esta aplicação também lhes confere um conjunto de deveres e responsabilidades de natureza transnacional, onde se destaca o dever de colocar questões prejudiciais sobre a interpretação e apreciação de legalidade do direito da União quando estas sejam necessárias e pertinentes para a resolução de um litígio em concreto e o dever de tutelar direitos com fundamento na ordem jurídica europeia[31].

O reenvio prejudicial é o mecanismo de excelência para garantir a uniformidade de aplicação e interpretação do Direito da União Europeia, nos termos do artigo 267.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Este é um instrumento de cooperação entre os tribunais nacionais e o TJUE já que o seu emprego depende exclusivamente da iniciativa dos órgãos jurisdicionais nacionais. A configuração deste mecanismo determina que, por um lado, o TJUE deve interpretar e apreciar a validade do Direito da União Europeia e, por outro lado, o tribunal nacional que colocou a questão prejudicial deve aplicar o Direito da União tal como o TJUE o tenha interpretado ou conforme a apreciação de validade que este tenha feito[32].

---

[29] Rangel de Mesquita, Maria José (2024). Article 47 - Right to an effective remedy and to a fair trial. Em: Silveira, Alessandra; et al. *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Commentary*. JusGov: Uminho Law School, p.441.

[30] Oliveira Tching, Maria Rosa (2011). Juiz Nacional - Um Juiz Cada Vez Mais Europeu! *Julgar*, 14, p.147.

[31] Rangel de Mesquita, Maria José (2017). *Introdução ao Contencioso da União Europeia - Lições*. Lisboa: Edições Almedina, p.255.

[32] Ibidem, pp.140-145.

No âmbito da questão aqui abordada, a perspetiva dos tribunais nacionais enquanto tribunais funcionalmente europeus é fundamental já que, por um lado, os *SLAPPs* visam intimidar e silenciar os demandados, comprometendo o seu direito de defesa e causando um efeito dissuasor na participação pública[33]. Neste sentido, as garantias previstas na Diretiva pretendem assegurar que estas ações sejam identificadas e tratadas de forma eficaz[34], prevenindo abusos e protegendo direitos fundamentais, tal como é reivindicado pelo princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Por outro lado, no contexto dos *SLAPPs*, o reenvio prejudicial pode vir a desempenhar um papel crucial, especialmente se surgirem dúvidas sobre a interpretação ou validade das disposições da Diretiva. Na eventualidade deste reenvio ser realizado, ao mesmo poderá aplicar-se uma tramitação prejudicial diferenciada, nomeadamente a tramitação acelerada[35], desde que tal seja pedido pelo órgão jurisdicional de reenvio, já que estão em causa direitos fundamentais e a demora da decisão pode comprometê-los gravemente. Abstratamente, no âmbito dos *SLAPPs* a tramitação acelerada é uma hipótese já que estes processos têm tendência a causar prejuízos graves e imediatos aos demandados, como danos financeiros, psicológicos e reputacionais e agravam o *chilling effect* ameaçando a liberdade de expressão e participação pública.

## 5. A Diretiva (UE) 2024/1069: análise jurídica

A necessidade de combater os *SLAPPs* levou à adoção da Diretiva (UE) 2024/1069 que estabelece um quadro normativo com vista à prevenção e combate destas práticas. Este instrumento pretende proteger os direitos fundamentais ao mesmo tempo que assegura o equilíbrio com o direito de acesso à justiça e tem de ser transporto para o ordenamento jurídico dos

[33] Cf. Considerando (28), última parte da Diretiva (UE) 2024/1069.

[34] Cf. Considerando (32) da Diretiva (UE) 2024/1069.

[35] Cf. Artigo 23.º-A, primeiro parágrafo, do Protocolo (nº3) Relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia anexo ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e Artigo 105.º do Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Estados-Membros até 2026[36]. Ora, desde logo, esta Diretiva aplica-se exclusivamente a processos de natureza civil e comercial com incidência transfronteiriça, incluindo procedimentos para medidas provisórias e cautelares, bem como pedidos reconvencionais[37]. A limitação da aplicação da Diretiva a processos de caráter transfronteiriço explica-se pelo facto de que, em regra, estes são mais onerosos e complexos para o demandado[38].

Além disso, para aplicar este instrumento, é necessário que o litígio esteja relacionado com uma questão de interesse público, nos termos desenvolvidos no artigo 4.º, nº 2, da Diretiva. É importante destacar que as atividades de uma pessoa singular ou coletiva, que é figura pública, podem ser consideradas questões de interesse público[39], contudo, não existe interesse legítimo quando o único objetivo for satisfazer uma mera curiosidade relativamente à vida privada do sujeito[40].

Este instrumento consagra ainda um conjunto de garantias processuais com vista à proteção do demandado caso a ação seja, de facto, intentada. No âmbito destas garantias, o demandado, sendo alvo de um *SLAPP* poderá pedir uma caução, o indeferimento liminar do pedido infundado e a imposição de medidas corretivas contra estes processos[41], sendo certo que as últimas duas medidas podem ser decretadas de forma oficiosa pelo órgão jurisdicional onde corre o processo[42].

### 5.1. A caução

No que respeita à caução, o órgão jurisdicional poderá exigir ao demandante a prestação de uma caução que cubra as custas estimadas do processo, o que

[36] Cf. Artigo 22.º da Diretiva (UE) 2024/1069.

[37] Cf. Artigo 2.º da Diretiva (UE) 2024/1069.

[38] Cf. Considerando (17) da Diretiva (UE) 2024/1069.

[39] Cf. Artigo 4.º, nº2, alínea b) da Diretiva (UE) 2024/1069.

[40] Cf. Considerando (24) da Diretiva (UE) 2024/1069.

[41] Cf. Artigo 6.º, nº1 da Diretiva (UE) 2024/1069.

[42] Cf. Artigo 6.º, nº2 da Diretiva (UE) 2024/1069.

pode incluir, as despesas de representação legal do demandado e uma indemnização pelos danos causados ao mesmo[43].

No entanto, é necessário encontrar um equilíbrio entre esta medida e o direito de acesso à justiça do demandante, logo, o órgão jurisdicional deve avaliar se existem indícios suficientes que permitam concluir que, com elevada probabilidade, está em causa um processo de natureza abusiva[44].

Importa sublinhar que a exigência da prestação da caução não determina qual será o sentido da decisão de mérito, funcionando antes como medida cautelar caso efetivamente se conclua que está em causa um processo abusivo[45].

### 5.2. O indeferimento liminar de pedidos infundados

Quanto ao indeferimento liminar de pedidos manifestamente infundados, este deve ocorrer na fase mais precoce possível do processo[46], sendo certo que tal decisão deve ser passível de recurso[47], da mesma forma que a decisão de não provimento do indeferimento também o pode ser[48]. A decisão de indeferimento liminar é uma decisão de mérito que deve ser devidamente fundamentada após uma análise cuidada do caso concreto[49]. O objetivo desta garantia é evitar que processos claramente abusivos avancem, protegendo o demandado de encargos adicionais e assegurando a eficiência no acesso à justiça.

### 5.3. Medidas corretivas

A última garantia processual prevista na Diretiva são as medidas corretivas contra *SLAPPs,* que podem surgir na forma de condenação em custas ou noutro tipo de sanções igualmente eficazes.

---

[43] Cf. Artigo 10.º da Diretiva (UE) 2024/1069.

[44] Cf. Considerando (36) da Diretiva (UE) 2024/1069.

[45] Ibidem.

[46] Cf. Artigo 11.º da Diretiva (UE) 2024/1069.

[47] Cf. Artigo 13.º da Diretiva (UE) 2024/1069.

[48] Cf. Considerando (40) da Diretiva (UE) 2024/1069.

[49] Cf. Considerando (37) da Diretiva (UE) 2024/1069.

No que diz respeito à condenação em custas[50], o demandante pode vir a ter de suportar todas as custas do processo, incluindo as despesas de representação legal incorridas pelo demandado, salvo se estas forem consideradas excessivas[51].

Já quanto às outras sanções igualmente eficazes que também podem ser aplicadas, estas têm de ser efetivas, proporcionais e dissuasivas, como é exemplo o pagamento de uma indemnização por danos ou a publicação da decisão judicial[52]. O principal objetivo destas medidas é desencorajar potenciais demandantes de intentarem processos abusivos que podem comprometer consideravelmente a participação pública[53].

Importa destacar que todas as garantias previstas na Diretiva devem ser aplicadas em consonância com o direito a um recurso efetivo e a um tribunal imparcial, nos termos consagrados na CDFUE[54]. Este equilíbrio é fundamental para assegurar que as medidas destinadas à prevenção dos *SLAPPs* não comprometem o direito de acesso à justiça.

## 6. Impactos e desafios na aplicação da Diretiva

A adoção da Diretiva (UE) 2024/1069 consubstancia um considerável avanço na proteção das vítimas de *SLAPPs*, contudo, a sua aplicação prática poderá trazer desafios que devem ser analisados no contexto do sistema jurídico da União Europeia e dos seus Estados-Membros.

Parece facto assente que a Diretiva terá um impacto positivo, já que vai garantir um ambiente mais seguro para que jornalistas e restantes envolvidos na participação pública possam desempenhar as suas funções sem receio de

[50] Cf. Artigo 14.º da Diretiva (UE) 2024/1069.

[51] Cf. Artigo 14.º, nº1 da Diretiva (UE) 2024/1069.

[52] Cf. Artigo 15.º da Diretiva (UE) 2024/1069.

[53] Cf. Considerando (42) da Diretiva (UE) 2024/1069.

[54] Cf. Considerando (31) da Diretiva (UE) 2024/1069.

represálias[55]. De resto, todas as garantias processuais previstas na Diretiva permitem reduzir o *chilling effect* causado por estes processos abusivos, encorajando a participação pública e o pluralismo democrático.

Além disso, a harmonização das regras processuais entre os vários Estados-Membros permite uma abordagem mais coerente a estas questões que envolvem direitos fundamentais. Esta harmonização é especialmente relevante em casos transfronteiriços, como os que são abordados pela Diretiva, já que as diferenças entre os sistemas judiciais podem gerar insegurança jurídica aos demandados.

Ademais, a Diretiva promove uma maior confiança no sistema judicial, ao garantir que os litígios abusivos sejam tratados de forma célere e eficaz[56], poupando recursos judiciais e protegendo os demandados de processos morosos e onerosos. No entanto, apesar dos méritos da Diretiva, a verdade é que se podem apontar alguns desafios que podem impedir a aplicação da mesma da forma mais eficaz. Desde logo, a Diretiva apenas se aplica a litígios transfronteiriços e, por isso, é preciso garantir que os Estados-Membros desenvolvem legislação para os casos puramente nacionais, tal como é exigido pela Recomendação (UE) 2022/758[57-58].

## 7. Conclusão

Os *SLAPPs* representam uma ameaça grave aos direitos e valores protegidos no âmago da União Europeia, surgindo como uma forma de *punishment by*

[55] Cf. Considerando (12) da Diretiva (UE) 2024/1069.

[56] Através da imposição das garantias já analisadas.

[57] Recomendação (UE) 2022/758 da Comissão de 27 de abril de 2022 sobre a proteção dos jornalistas e dos defensores dos direitos humanos envolvidos em processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública (*Ações judiciais estratégicas contra a participação pública*).

[58] A Lei Daphne foi aprovada, mas o trabalho para garantir uma transposição justa deve começar agora - Casa. *EPP Group in the european parliament*. Consultado: 4 de janeiro de 2024. https://www.eppgroup.eu/pt/o-que-fazemos/with-eu-countries/malta/aprovacao-da-lei-de-daphne.

*process*[59]. Neste sentido, reconhecendo as consequências graves destes processos, a Diretiva (UE) 2024/1069 surge como marco importante na proteção dos direitos fundamentais e no fortalecimento do sistema judicial europeu.

Embora a Diretiva consagre um conjunto robusto de garantias processuais com vista à proteção do demandado, a realidade é que subsistem questões complexas que podem surgir como verdadeiros desafios. Neste contexto, a tutela jurisdicional efetiva desempenha um papel fundamental, permitindo o acesso a tribunais independentes, imparciais e eficazes. O reenvio prejudicial também entra em destaque na eventualidade de ser necessário colocar questões relativamente à interpretação ou validade deste instrumento jurídico.

Apesar das limitações evidenciadas, a realidade é que esta Diretiva constitui um passo significativo na proteção contra *SLAPPs*, reforçando a confiança no sistema judicial e garantindo a proteção dos direitos fundamentais na União. No entanto, o seu sucesso dependerá não só da sua transposição pelos Estados-Membros, mas também da contínua cooperação dos mesmos e do compromisso em garantir uma justiça acessível, eficaz e justa para todos.

## 8. Referências

Bodnar, Adam; Gliszczynska-Grabias, Aleksandra (2023). Strategic Lawsuits against Public Participation (SLAPPs), the Governance of Historical Memory in the Rule of Law Crisis, and the EU Anti-SLAPP Directive. *European Constitutional Law Review*, 19, pp.642-663. Disponível em: https://doi.org/10.1017/S1574019624000063.

Daphne Foundation (2024). *Daphne's law official*. 2024. Acesso: 17 de dezembro de 2024. https://www.daphne.foundation/en/2024/04/16/daphnes-law-official.

De Mesquita, Maria José Rangel (2017). *Introdução ao Contencioso da União Europeia - Lições*. Lisboa: Edições Almedina, S.A.

[59] Expressão utilizada para caracterizar os *SLAPPs* em: Farrington, Francesca; Zabrocka, Magdalena (2023). *Punishment by process: The Development of Anti-SLAPP legislation in the European Union.* London: Era Forum. https://doi.org/10.1007/s12027-023-00774-5.

De Mesquita, Maria José Rangel (2024). Article 47 - Right to an effective remedy and to a fair trial. Em: Silveira, Alessandra; et al. *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Commentary*. JusGov: UMinho Law School.

*EPP Group in the european parliament*. A Lei Daphne foi aprovada, mas o trabalho para garantir uma transposição justa deve começar agora - Casa. Consultado: 4 de janeiro de 2024. Disponível: https://www.eppgroup.eu/pt/o-que-fazemos/with-eu-countries/malta/aprovacao-da-lei-de-daphne.

Farrington, Francesca; Zabrocka, Magdalena (2023). *Punishment by process: The Development of Anti-SLAPP legislation in the European Union*. London: Era Forum. Disponível: https://doi.org/10.1007/s12027-023-00774-5.

Ferraz, Maria Ana; Guerra, Filipe (2024). Article 11 - Freedom of expression and information. Em: Silveira, Alessandra; et al. *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Commentary*. JusGov: UMinho Law School.

Foundation for Individual Rights and Expression. Consultado a 16 de dezembro de 2024. https://www.thefire.org/research-learn/chilling-effect-overview.

Papadolou, Lambrina; Maniou, Theodora A. (2024). 'SLAPPed' and censored? Legal threats and challenges to press freedom and investigative reporting. *Journalism,* vol.26, núm.2, pp.1-19. Disponível: https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/14648849241242181.

Silveira, Alessandra (2017). Tribunais nacionais. Em: Brandão, Ana Paula; Pereira Coutinho, Francisco; Camisão, Isabel; Covelo de Abreu, Joana (coord.). *Enciclopédia da União Europeia*. Portugal: Petrony Editora.

Tching, Maria Rosa Oliveira (2011). Juiz Nacional - Um Juiz Cada Vez Mais Europeu! *Julgar*,14. Coimbra Editora, pp.135-155.

## 9. Diplomas Legais e Jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande secção) de 25 de julho de 2018. LM. C-216/18 PPU. ECLI:EU:C: 2018:586.

Acórdão Do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 27 de fevereiro de 2018. Associação Sindical dos Juízes Portugueses contra Tribunal de Contas. C-64/16. ECLI:EU:C: 2018:117.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2016/C; 202/02) de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo.

Diretiva (UE) 2024/1069 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de abril de 2024 relativa à proteção das pessoas envolvidas na participação pública contra pedidos manifestamente infundados ou processos judiciais abusivos (*Ações judiciais estratégicas contra a participação pública*).

Protocolo (nº 29) Relativo ao Serviço Público de Radiofusão Nos Estados-Membros, anexo ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Recomendação (UE) 2022/758 da Comissão de 27 de abril de 2022 sobre a proteção dos jornalistas e dos defensores dos direitos humanos envolvidos em processos judiciais manifestamente infundados ou abusivos contra a participação pública (*Ações judiciais estratégicas contra a participação pública*).

Regulamento do Processo do Tribunal de Justiça da União Europeia, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 2024 [2024/2094].

Silveira, Alessandra; Froufe, Pedro Madeira (2020). Protocolo (nº 3) Relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia - Anexo ao Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Tratado de Lisboa: Versão Consolidada*. Lisboa: Quid Juris.

Silveira, Alessandra; Froufe, Pedro Madeira (2020). Tratado da União Europeia. *Tratado de Lisboa: Versão Consolidada*. Lisboa: Quid Juris.

Silveira, Alessandra; Froufe, Pedro Madeira (2020). Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Tratado de Lisboa: Versão Consolidada*. Lisboa: Quid Juris.

# *DEEPFAKES* POLÍTICOS: A ASCENSÃO DA DESINFORMAÇÃO E A DEMOCRACIA EM PERIGO

Beatriz Magalhães Sousa[1]

## 1. Considerações preliminares

*Deepfakes* ou, em português, *falsificações profundas* está definido no recente Regulamento da Inteligência Artificial (*AI Act*) como:

> *(…) conteúdos de imagem, áudio ou vídeo, gerados por AI, que sejam semelhantes a pessoas, objetos, locais, entidades ou acontecimentos reais, e que possam levar uma pessoa a crer, erroneamente, que são autênticos ou verdadeiros*[2].

Este tipo de tecnologia, tal como quase tudo o que se considera Inteligência Artificial (IA), tem vindo a ser tópico de discussão. A sensação de estranheza (quase um fenómeno de *uncanny valley*) causada pela sua natureza híbrida –a linha ténue entre o real e o irreal que os *deepfakes* parecem sempre balancear– ocasiona a necessidade de melhor conhecer as suas funcionalidades e os seus impactos, de modo a ter um controlo, ainda que ilusório, sobre o futuro não muito distante. Mas a verdade é que, mesmo esta sensação, não impede que os

[1] Mestranda em Direito da União Europeia, Universidade do Minho (Braga, Portugal).

[2] Cf. Art.3º, nº60 do Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024 que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e que altera os Regulamentos (CE) 300/2008, (UE) 167/2013, (UE) 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/21 e as Diretivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regulamento da Inteligência Artificial).

*deepfakes* moldem a realidade, a distorçam e influenciem, entrando no imaginário coletivo de maneiras difíceis de compreender.

É este poder de distorção, conseguido através do intrometimento na absorção da informação e na exploração dos próprios sentimentos humanos[3], que faz desta tecnologia um instrumento valioso para a prossecução de objetivos políticos, permitindo esculpir o panorama político à imagem de determinada ideologia[4].

Os *media* tradicionais (que não estão imunes a este tipo de manipulação) foram, sabe-se, substituídos por plataformas de partilha em linha que facilitam a disseminação deste conteúdo[5] e que o fazem chegar a sujeitos que não possuem as ferramentas necessárias para perceber o que é ou não falso[6].

Assim sendo, é necessário enquadrar os *deepfakes* no quadro amplo da desinformação e como essa desinformação que os procede impacta o cenário político e afeta negativamente aquilo que o ordenamento jurídico europeu mais se esforça por proteger: a democracia.

## 2. O conceito de desinformação e a expansão dos *Deepfakes*

O mundo encontra-se num cenário pós-humano: Marchesini fala de uma t*echno-addiction* - o antropocentrismo humanista deixado para trás, em prol de uma sociedade em que o ser humano atua em comunhão com a tecnologia, que se insere de forma impactante na própria participação social e na formação da

[3] Angelides, Marios C. (2024). From breaking to faking the code: Alan Turing's Imitation Game latest upgrade for discerning Artificial Intelligence (AI)-generated deepfakes. *The Computer Journal*, 1-3, p.2. https://doi.org/10.1093/comjnl/bxae078

[4] Karunian, Alia Yofira (2024). *The imitation Game: Examining Regulatory Challenges of Political Deepfakes in the European Union*. Edinburg: University of Edinburgh, p.7. https://osf.io/preprints/socarxiv/59qjw

[5] European Parliamentary Research Service (2021). Tackling deepfakes in European policy. *Study - Panel for the Future of Science and Technology,* PE 690.039, p.3. Disponível: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/690039/EPRS_STU%282021%29690039_EN.pdf .

[6] Angelides, Marios C. (2024), p.2.

consciência de cada um, afetando a maneira como o Homem interage com o mundo e consigo mesmo[7].

Este caráter relacional entre seres humanos e tecnologia tem um severo impacto na maneira como a informação é acedida. As redes sociais tornam-se o *jornal diário* de grande parte da população, arrastando consigo uma considerável lista de senãos.

Ao contrário daquilo que acontece com os *media* tradicionais que, à partida, têm na sua redação profissionais que se regem por uma deontologia concreta, nas redes sociais qualquer um pode propagar informação como verdadeira. Este poder, alicerçado na liberdade de expressão e informação (Artigo 11º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), faz com que a informação se afaste daquele que é o sentido tradicional da palavra, sendo passível de ser manipulada e de ver a sua veracidade diminuída a título de se tornar sensacionalista e, auxiliada pelo sistema algorítmico das plataformas, chegar diretamente a pessoas que, já se encontrando inclinadas para determinado tipo de conteúdo ou ideal, procuram ver as suas crenças confirmadas[8].

Essa imensidão informativa, que peca pelo excesso e pela falsidade, e que o cidadão médio tem dificuldade em filtrar, desagua num panorama de desordem informativa que se pode dividir em três grandes grupos: (1) a informação que é falsa, mas cujo objetivo não é causar dano (*misinformation*); (2) a informação que é falsa e que tem como intento principal causar dano (*desinformation*), e (3)

[7] Marchesini, Roberto (2025). Sempre fomos pós-humanos: filosofia pós-humanista e natureza humana. Brasil: Instituto Humanitas Unisinos - IUH. https://www.ihu.unisinos.br/categorias/607810-sempre-fomos-pos-humanos-filosofia-pos-humanista-e-natureza-humana-artigo-de-roberto-marchesini. Acedido: 16 de janeiro de 2025.

[8] Aba Catoira, Ana (2019). Los Desórdenes Informativos en un Sistema de Comunicación Democrático. *Revista Derecho Político*, 109, p.126.

quando a informação é verdadeira, mas privada e espalhada com a intenção de causar dano (*malinformation*)[9].

Na língua portuguesa esta distinção é mais difícil de ser feita, uma vez que se utiliza a palavra desinformação como um termo global, no entanto, para este trabalho interessa a sua definição restrita, sendo no seio do combate desse fenómeno que a União aparece na vanguarda[10].

Na Comunicação da Comissão relativa ao combate da desinformação em linha, desinformação é definida como *informação comprovadamente falsa ou enganadora que é criada, apresentada e divulgada para obter vantagens económicas ou para enganar deliberadamente o público*, podendo causar prejuízo (o tal dano supramencionado como intenção)[11]. Esclarece-se que o conceito de desinformação não inclui publicidade enganosa, sátira e paródia, por exemplo, sendo esta definição apoiada pelo Código de Conduta Reforçado de 2022.

É neste enquadramento que se inserem as *falsificações profundas*. Inicialmente, a maior preocupação que acompanhava a recente acessibilidade desta tecnologia era a possibilidade de esta ser utilizada para criar conteúdo pornográfico (amontoam-se as imagens sexualmente explícitas criadas através da manipulação de diferentes fotos retiradas, muitas vezes, das contas pessoais das vítimas)[12], porém, de há uns anos para cá, levanta-se outra questão: a manipulação do eleitorado por via da desinformação.

---

[9] Cristóbal, Rosario Serra (2023). Noticias Falsas (Fakes News) y Derecho a Recibir Información Veraz. Dónde se Fundamenta la Posibilidad de Controlar la Desinformación y cómo Hacerlo. *Revista de Derecho Político*, 116, p.17.

[10] Pereira, Miguel (2021). Defining desinformation in the EU: a matter beyond linguistics. *Unio EU Law Journal*, 7 de setembro de 2021. https://officialblogofunio.com/2021/09/07/defining-disinformation-in-the-eu-a-matter-beyond-linguistics/.

[11] Comissão Europeia (2018). Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia, COM (2018) 236 final, 26 de abril de 2018.

[12] Das, Shanti (2025). ´Would love to see her faked': the dark world of sexual deepfakes - and the women fighting back, *The Observer*, 12 de Janeiro de 2025. https://www.theguardian.com/technology/2025/jan/12/would-love-to-see-her-faked-the-dark-world-of-sexual-deepfakes-and-the-women-fighting-back.

Em 2019, um estudo levado a cabo pela *Deeptrace Labs* deu conta da existência de quase 15000 vídeos produzidos com recurso à tecnologia *deepfake*, sendo que este número demonstrava uma tendência clara de expansão. Os *deepfakes* de cariz político constituíam nesse ano uma percentagem muito reduzida do total de vídeos disponíveis por toda a Internet (cerca de 4%)[13].

Conquanto, o aumento de *deepfakes* políticos a circular no ambiente digital tem sido claro: em 2022, um vídeo do presidente ucraniano Volodymyr Zelenskyy foi plantado nas redes sociais e nos próprios canais televisivos do país, fazendo crer no seu encorajamento a uma rendição à Rússia[14]; em 2023, um áudio do candidato eslovaco Michal Šimečka a falar sobre fraude eleitoral com um jornalista, pode ter-lhe custado a vitória nas parlamentares[15]; em 2024, as eleições americanas foram manchadas por um áudio do então presidente Joe Biden a incentivar os eleitores a poupar os seus votos para novembro, abstendo-se de depositarem votos nas primárias[16].

Todas estas instâncias fizeram temer que a grande vaga eleitoral que se aproximava em todo o mundo –2024 foi o maior ano eleitoral na história da humanidade, com eleições em 72 países[17]–, incluindo as eleições europeias, fossem alvo de manipulação, facilitada por esta recente tecnologia.

## 3. Desinformação como motor da ameaça à democracia

A democracia e o estado de direito democrático, dos quais a União se orgulha, assentam na participação popular, de onde o exercício do poder tira a sua

[13] Deeptrace (2019). *The State of Deepfakes: Landscape, Threats and Impact*. Relatório Setembro 2019. https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf.

[14] Deepfake video of Zelenskyy could be 'tip of iceberg' in info war. *NPR*. Acedido: 21 janeiro 2025. https://www.npr.org/2022/03/16/1087062648/deepfake-video-zelenskyy-experts-war-manipulation-ukraine-russia.

[15] Beyond the deepfake hype: AI, democracy, and 'the Slovak case'. *Misinformation Review*. Harvard Kennedy School. Acedido: 21 janeiro 2025. Disponível em: https://misinforeview.hks.harvard.edu/article/beyond-the-deepfake-hype-ai-democracy-and-the-slovak-case/.

[16] How Ai deepfakes polluted elections in 2024. *NPR*. Acedido: 21 de janeiro de 2025. https://www.npr.org/2024/12/21/nx-s1-5220301/deepfakes-memes-artificial-intelligence-elections.

[17] A 'Super Year' for Elections. *UNDP*. Acesso: 21 janeiro 2025. https://www.undp.org/super-year-elections.

força[18]. É por isso que a liberdade de expressão e de informação aparecem no ordenamento jurídico europeu (e nos ordenamentos jurídicos internos) como chaves da democracia. A partilha de opiniões, independentemente do quão diferentes sejam, leva à criação de uma opinião pública que, acima de tudo, informa essa participação popular[19].

A desinformação e os *deepfakes* como instrumento da mesma acabam por obscurecer esta opinião pública, contaminá-la com a falsidade que deles é característica, privando-a de se formar da maneira relativamente informada e verdadeira com que se podia contar há algumas décadas. A tomada de decisão, altamente influenciada pela qualidade dos dados a que cada um tem acesso, é posta em causa quando esses dados são manipulados e, em última instância, falsos[20].

Como já mencionado, a manipulação é auxiliada pelo sistema algorítmico com que as redes sociais operam: ora, a informação que, noutros tempos, chegaria de forma mais ou menos uniforme a toda a população, dirige-se agora de forma certeira a determinados grupos, indo ao encontro dos seus gostos pessoais e confirmando aquilo em que acreditam, mesmo que seja mentira[21]. Isto leva a uma radicalização ideológica que se transpõe e enfraquece a corrente democrática[22].

No caso das *falsificações profundas* há acrescidos problemas - afigura-se extremamente difícil, inclusive para jornalistas, perceber se algo é ou não IA. Há uma maior facilidade na distinção do que é ou não real quando se está perante uma imagem, pois, embora muito avançada, a tecnologia ainda não está aperfeiçoada o suficiente para que o olho treinado não reconheça, por exemplo,

---

[18] Silveira, Alessandra (2024). Democracia e comunidade política europeia. *Fundamentos Jurídico-Políticos da Integração Europeia*. Lisboa: Quid Juris, p.176.

[19] Cristóbal, Rosario Serra (2023), pp.15-16.

[20] Fernández Rodriguez, José Julio (2021). Aproximación crítica a la manipulación informativa: el ejemplo de las redes sociales. *Gladius et Scientia. Revista de Seguridad del CESEG*, 3, p.6. Disponível: https://doi.org/10.15304/ges.3.8909.

[21] Aba Catoira, Ana (2019), p.126.

[22] Fernández Rodriguez, José Julio (2021), p.6.

uma estranheza nos movimentos ou expressões faciais. A dificuldade é, porém, acrescida quando se trata de áudios, como provado pelo caso da Eslováquia ou dos EUA.

A possibilidade dos próprios *media* tradicionais acabarem manipulados por este conteúdo cria um ambiente propício à cada vez maior falta de confiança na informação, levando à exponencial descrença em material que na verdade é real. Da mesma forma, conteúdo verdadeiro pode ser justificado como falso, criando um precedente perigoso que concorrerá para a confusão e desconfiança[23]. Se já se discutia o facto de que a democracia vinha sendo afetada pelo debate público raso, a ascensão dos *deepfakes* políticos acelera esse processo[24].

A Comunicação da Comissão relativamente à desinformação em linha sumariza este fenómeno da seguinte forma:

> *(…) a desinformação mina a confiança nas instituições e nos meios de comunicação tradicionais e digitais e prejudica as nossas democracias ao comprometer a capacidade dos cidadãos de tomarem decisões bem informadas*[25].

A importância de discutir este tópico nasce, portanto, da necessidade de travar este panorama de desconfiança, de abrir os olhos do eleitorado para as diferentes vertentes da desinformação, urgindo uma educação informacional e digital (a literacia que infra se mencionará), mitigando, através disso, os efeitos de uma campanha que, se alçada neste tipo de fenómenos, é manipuladora e põe em causa as democracias europeias (e mundiais)[26].

---

[23] AI Deepfakes and EU politics: is there a threat to democratic procedures? *EU Neighbours East.* Acedido: 21 janeiro 2025. https://euneighbourseast.eu/young-european-ambassadors/blog/ai-deepfakes-and-eu-politics-is-there-a-threat-to-democratic-procedures/.

[24] Cruz, Paulo Márcio; Ferrer, Gabriel Real (2020). Os Novos Cenários Transnacionais e a Democracia Assimétrica. *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*. Lisboa: Quid Juris, p.355.

[25] Cf. Par. 5º da Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia.

[26] Regulating AI Deepfakes and Synthetic Media in the Political Arena. *Brennan Center for Justice*. Acedido: 21 janeiro 2025. https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/regulating-ai-deepfakes-and-synthetic-media-political-arena.

## 4. Liberdade de expressão e de informação: o conflito intrínseco de direitos

A liberdade de expressão e de informação, que aparece no Art.11º da CDFUE, guia-se por aquela consagrada em 1950 no Art.10º da CEDH e nela inserem-se o direito à livre expressão, à opinião, a partilhar e receber informação sem qualquer interferência de autoridades públicas, bem como a liberdade e pluralismo dos meios de comunicação (parte essencial do Estado de Direito Democrático, sendo, inclusive, um dos parâmetros analisados no Relatório anual sobre o Estado de Direito[27]).

A proteção desta liberdade tem tendência, na União Europeia, a ser cada vez mais alargada, beneficiando da sua consagração geral nas Constituições nacionais e em vários instrumentos internacionais, porque vista como um valor essencial do ordenamento da União e do princípio democrático no qual assenta[28] - assiste-se a uma *proteção multinível deste direito fundamental*[29].

A principal obrigação dos intervenientes estatais, tal como esclarece a Comissão na sua Comunicação relativa à desinformação em linha, é, portanto, abster-se de se imiscuir naquela que é a liberdade de expressão do indivíduo e nos assuntos dos *media*. Porém, o fenómeno desinformativo acaba por atrofiar este direito fundamental[30].

Compreender como satisfazer a liberdade de expressão e o pluralismo mediático ao mesmo tempo que se aposta no combate à informação falsa e manipuladora

---

[27] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Relatório de 2024 sobre o Estado de Direito, COM (2024) 800 draft, Bruxelas, 24/07/2024. https://commission.europa.eu/publications/2024-rule-law-report-communication-and-country-chapters_pt?prefLang=pt.

[28] Ferraz, Maria Ana; Guerra, Filipe (2024). Article 11. *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: a Commentary.* JusGov: UMinho Law School, pp.130-131.

[29] Monteiro, Vanessa Nunes (2022). Duelo de Titãs: Liberdade de Expressão vs. Discurso de Ódio (o Tratamento pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Revista Minerva Universitária,* 31/10/2022. https://www.revistaminerva.pt/duelo-de-titas-liberdade-de-expressao-vs-discurso-de-odio-o-tratamento-pelo-tribunal-europeu-dos-direitos-humanos/.

[30] Cf. Parágrafos 5º e 6º da Comunicação da Comissão denominada *Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia*.

afigura-se uma árdua tarefa. Esta dificuldade advém essencialmente do seguinte: se a liberdade de expressão assenta na possibilidade de criar opiniões, compartilhar informações e ideias, o mais lógico seria que também a mentira aqui se enquadrasse, como decorrência desta liberdade[31], até porque, em momento algum na CDFUE existe menção de que a informação transmitida tenha imperiosamente de ser verdadeira.

Para analisar as limitações possíveis desta liberdade é necessário articular com o Art.10º da CEDH, que atua como um critério delimitador e interpretativo do Art.11º da CDFUE[32] - isto decorre do Art.52º, nº 3 da CDFUE que estabelece que se um direito corresponder a outro garantido pela CEDH, então *o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção*. Portanto, o Art.11º da CDFUE está sujeito às limitações denotadas como aceitáveis pelo nº 2, do Art.10º da CEDH, isto é, a restrições, na medida em que forem necessárias numa sociedade democrática para proteger, entre outras coisas, os interesses de segurança nacional e pública e a integridade territorial.

É possível enveredar por duas vias quando na discussão relevam os *deepfakes*: podem considerar-se protegidos pela liberdade de expressão e pela liberdade das artes e ciências que dela decorre (Artigo 13º CDFUE) ou, então, colocando em causa aqueles que são os limites mínimos elencados na Convenção, deixam de ter esta proteção. A avaliação quanto a esse levantamento da proteção/restrição da liberdade de expressão tem em conta determinados critérios: (1) a restrição à liberdade encontra-se prevista na lei; (2) a restrição à liberdade prossegue um objetivo legítimo, e (3) a restrição à liberdade é proporcional (*Handyside* v. Reino Unido)[33].

Assim sendo, *deepfakes* cuja intenção seja meramente parodística incluir-se-ão, à partida, em conteúdo protegido pela liberdade de produção artística e, consequentemente, pela liberdade de expressão. O mesmo aplicar-se-á a

[31] Faustino, André (2024). Direito à informação Verdadeira: *Fake News* e a Literacia Informacional. *Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno*, vol.1, núm.7, p.85. https://doi.org/10.23925/ddem.v.1.n.7.60562.

[32] Ferraz, Maria Ana; Guerra, Filipe (2024), p.131.

[33] Claire Langlais-Fontaine, "Démêler le vrai du faux: étude de la capacité du droit actuel à lutter contre les *deepfakes*" em *La Revue des Droits de l'Homme*, nº18 (2020). https://doi.org/10.4000/revdh.9747.

*falsificações profundas* da mesma natureza que a do ex-presidente dos EUA, Barack Obama, em 2018, cuja intenção principal houvera sido alertar para os perigos da tecnologia[34].

Diferente será a reação àquelas imagens ou vídeos manipulados cuja intenção central seja de cariz difamatório, discriminatório e de incitação à violência, visto que esta é uma das limitações assentes pela Jurisprudência do TEDH à liberdade de expressão[35].

### 4.1. Gąsior v. Polónia e a sua adaptação em matéria de *Deepfakes*

O caso Gąsior v. Polónia envolveu Z.W., um deputado do parlamento, ex-membro do governo polaco, e Wanda Gąsior, uma mulher que em defesa do seu genro, que se houvera envolvido numa disputa com Z.W., escreveu uma série de cartas de caráter difamatório, onde alegava que o deputado teria cometido fraude financeira, que enviou para outros políticos e para um jornalista e editor de um programa televisivo onde estava programado que Z.W. aparecesse.

A Sra. Gąsior acabou por ser condenada em sede do Tribunal de 1ª instância de Cracóvia pelo crime de difamação, sendo que o tribunal entendeu que aquilo que foi partilhado nas cartas não se tratava de informação factual e que a única intenção da mulher seria que o seu genro ganhasse a disputa. Depois de um recurso à segunda instância que desaguou numa diminuição da pena, a Sra. Gąsior optou por recorrer ao TEDH, alegando que a sua liberdade de expressão havia sido abusivamente restringida[36].

Releva aqui este caso, na medida em que demarca uma série de ideias que delimitam o alcance da liberdade de expressão e de informação. Ora, o TEDH, admitindo que a liberdade de expressão constitui uma base essencial da sociedade democrática, admite, igualmente, a possibilidade de esta ser alvo de

[34] Jordan Peele's simulated Obama PSA is a double-edged warning against fake news. *Vox*. Acedido: 27 janeiro 2025. https://www.vox.com/2018/4/18/17252410/jordan-peele-obama-deepfake-buzzfeed.

[35] Ferraz, Maria Ana; Guerra, Filipe (2024), p.133.

[36] The right to critize - communication of the case Gąsior vs. Poland. *Human Rights House Foundation.* Acedido: 28 janeiro 2025. https://humanrightshouse.org/articles/the-right-to-critize-communication-of-the-case-gasior-vs-poland/.

restrições[37]. Estabelece, ainda, que, tratando-se os políticos de figuras públicas, estão abertos a um maior escrutínio, sendo que os limites de crítica aceitáveis se alargam para o permitir[38]. Ainda assim, o TEDH acaba por dar razão aos tribunais de Cracóvia, visto que considerou que a informação partilhada nas cartas tinha um tom factual e não apenas opinativo e, portanto, carecia de verificação da sua veracidade, algo que a requerente não conseguia fornecer[39].

Sabendo que, tratando-se de uma decisão comunicada em 2012, nada tem a ver com a tecnologia dos *deepfakes*, a verdade é que se pode fazer uma adaptação tendo em consideração os precedentes que aqui se criaram. Destarte, tal como no caso, em que as afirmações da Sra. Gąsior foram consideradas de teor factual, também as *falsificações profundas*, que primam pela sua assustadora proximidade ao real, causam uma ilusão de que determinado comportamento ou conversa foram levados a cabo pelo político em questão, tentando passar esse conteúdo como facto (isto quando a intenção é manipular, de facto, a opinião pública). Para além disso, o TEDH atentou à possibilidade de a carta em causa ter um impacto na reputação do político, sendo esta possibilidade redobrada quando se está perante imagens e áudios fielmente manipulados. Adicionalmente, o tribunal menciona a questão de comprovar a veracidade dos factos que, ao contrário de opiniões, são suscetíveis de prova[40].

Resumidamente, o TEDH vem reafirmar que a liberdade de expressão e de informação não é absoluta, principalmente em colisão com a reputação de terceiros. No entanto, pode ainda arguir-se que uma outra consideração é posta em destaque nesta jurisprudência: enquanto a liberdade de expressão, apoiada em opiniões, não depende da verdade das mesmas, a liberdade de informação, que deve basear-se em factos, contém nela um limite intrínseco de veracidade[41].

---

[37] Cf. Parágrafo nº35, TEDH (Secção 4ª) de 21 de fevereiro de 2012, caso Gąsior contra Polónia - Final, 9 julho 2012. https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-109140&filename=001-109140.pdf&TID=thkbhnilzk.

[38] *Idem*, Parágrafo nº37.

[39] *Idem*, Parágrafos nº 41-42.

[40] *Idem*, Parágrafo nº42.

[41] Aba Catoira, Ana (2019), pp.130-131.

Daí, poder dizer-se, que os informadores e qualquer pessoa que espalhe *deepfakes* como facto não estão a ser diligentes, pondo em causa os limites intrínsecos do Art.11º CDFUE e o equilíbrio que este direito fundamental tenta manter em si mesmo.

## 5. Panorama eleitoral e o *AI Act* 2024

Ora, a realidade é que o panorama eleitoral no temido ano de 2024 não pareceu ter sido tremendamente afetado pela circulação de *deepfakes* no ambiente digital[42]. Um Relatório do *Alan Turing Institute* encontrou apenas 27 instâncias de conteúdo gerado através de IA durante o verão eleitoral europeu[43], sendo que apenas 8 (5 relativas às eleições no Reino Unido e 3 relativas às legislativas francesas e às eleições europeias) eram imagens e vídeos de candidatos. Chegou-se à conclusão de que os *deepfakes* se mantiveram focados em determinados grupos minoritários que viram os seus ideais políticos consolidados, não constituindo grande impacto naqueles que ainda se encontravam indecisos.

A ameaça à integridade do sistema democrático fez-se sentir, porém, na forma de ampliação da desinformação, criação de incertezas quanto à autenticidade do conteúdo e desconfiança para com os meios de comunicação e ascensão do assédio em linha e ameaças direcionadas aos políticos envolvidos[44]. O mesmo estudo assume, no entanto, que houve um crescimento da utilização de *falsificações profundas* que, estando rotuladas como paródia ou sátira e,

[42] Deepfakes proved a different threat than expected. Here's how to defend against them. *World Economic Forum*. Acedido: 22 janeiro 2025. https://www.weforum.org/stories/2025/01/deepfakes-different-threat-than-expected/.

[43] Deepfakes Barely Impacted 2024 Elections Because They Aren´t Very Good, Research Finds. *Gizmodo*. Acedido: 22 janeiro 2025. https://gizmodo.com/deepfakes-had-little-impact-on-2024-elections-because-they-arent-very-good-research-finds-2000543717.

[44] Stockwell, Sam (2024). *AI-Enabled Influence Operations: Threat Analysis of the 2024 UK and European Elections*. London: Centre for Emerging Technology and Security - The Alan Turing Institute. Disponível: https://cetas.turing.ac.uk/sites/default/files/2024-09/cetas_briefing_paper_-_ai-enabled_influence_operations_-_threat_analysis_of_the_2024_uk_and_european_elections.pdf.

portanto, excluídas do conceito de desinformação, contêm informação falsa que é tida como factual e verdadeira e que acaba por enganar os eleitores.

Urge-se, mesmo tendo em consideração que o impacto em 2024 foi menor que o esperado, que se antecipem os futuros constrangimentos através da criação de regulação que responda a este tipo de conteúdo, tendo sempre em consideração o frágil equilíbrio entre a proteção da democracia e a liberdade de expressão[45].

O Regulamento da Inteligência Artificial (*AI Act*) de 13 de junho de 2024 é uma demonstração desta antecipação preventiva e propõe-se exatamente a colmatar as lacunas existentes no tratamento da inteligência artificial, incluindo as *falsificações profundas*, que se encontram definidas no seu artigo 3º, nº 60. Este diploma surge no seguimento das crescentes preocupações com o estado da democracia e com a ameaça maior que esta tecnologia pode vir a representar[46], preocupando-se, ainda, com a necessidade de não obstaculizar a inovação[47].

O considerando nº 134 –único onde se aborda especificamente a matéria dos *deepfakes*–, articula-se com o Art.50º, nº 4, e dispõe que aqueles que recorram a um sistema de IA para gerar *falsificações profundas* terão de, de forma clara, disponibilizar a informação da origem desse conteúdo, garantindo que todos os que tenham contacto com o material conheçam da sua artificialidade. Desde logo, este considerando do *AI Act* garante que a obrigação de transparência não é uma tentativa de intrometimento na liberdade de expressão ou na liberdade das artes e das ciências, que será protegida, desde que, o conteúdo não ponha em causa os direitos e liberdades de terceiros[48]. Isto prova, acima de tudo, a preocupação do diploma com a proteção e garantia dos direitos fundamentais, e significa que o Regulamento da Inteligência Artificial não reivindica o/a total

[45] *Idem*, pp.4-5.

[46] EU Strengthens AI Regulations and Targets Deepfakes Amid Rising Concerns: How does BioID comply with AI Regulations? *BioID*. Acedido: 25 janeiro 2025. https://www.bioid.com/2024/06/03/eu-ai-act-deepfake-regulations/.

[47] Deepfakes in the AI Act. *Schjødt*. Acedido: 28 janeiro 2025. https://schjodt.com/news/deep-fakes-in-the-ai-act.

[48] Cf. Considerando nº134 do Regulamento da Inteligência Artificial.

desaparecimento/proibição dos *deepfakes*. Proclama, no entanto, a essencialidade de que se atue conforme mínimos exigíveis de transparência[49].

Este Regulamento estabelece um espetro de IA definido pela sua maior ou menor perigosidade. Nesta senda, o uso de IA pode ser estritamente proibido (Artigo 5º), de risco elevado (Artigo 6º), de risco limitado (têm obrigações especiais de transparência - Artigo 50º) e risco mínimo ou nulo[50]. Os *deepfakes* são classificados, geralmente, como IA de risco limitado, porém, esta consideração é discutível - os danos que se discutem causarem abrem portas a que, em alternativa, possam entrar na categoria de risco elevado[51].

A classificação dos *deepfakes* políticos como de risco elevado advém do Artigo 6º, nº2 que estende esta classe para os sistemas de IA que são elencados no Anexo III. Ora, o nº8, alínea b) desse Anexo refere os:

> *(…) sistemas de IA concebidos para serem utilizados para influenciar o resultado da eleição ou referendo ou o comportamento eleitoral de pessoas singulares no exercício do seu direito de voto.*

Portanto, se comprovado que as *falsificações profundas* de cariz político têm um verdadeiro impacto nas decisões que o eleitorado toma e influenciarão os resultados, estas passarão a ser consideradas de elevado risco.

Para além disso, a Comissão tem a habilidade, sempre que se preencham as condições do Artigo 7º, nº 1, alíneas a) e b), de alterar o Anexo III. Entre estas condições encontram-se situações em que os sistemas de IA em avaliação representem *riscos de danos para (...) a segurança* e *repercussões negativas nos direitos fundamentais*. Aqui importa, para além da questão da desinformação e do possível cariz difamatório e instigador, a proteção de dados pessoais (Artigo 8º CDFUE).

---

[49] AI and Deepfakes: EU and Italian Regulations. *Jacobacci Partners.* Acedido: 28 janeiro 2025. https://www.jacobacci.com/en/publications/ai-and-deepfakes.

[50] Regulamento Inteligência Artificial. Comissão Europeia: *Shaping Europe's digital future.* Acedido: 29 janeiro 2025. https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/policies/regulatory-framework-ai.

[51] AI and Deepfakes: EU and Italian Regulations. *Jacobacci Partners.* Acedido: 28 janeiro 2025. https://www.jacobacci.com/en/publications/ai-and-deepfakes.

A verdade, no entanto, é que, para já, o único requisito que os prestadores ou responsáveis pela implantação de *deepfakes* têm de respeitar é mesmo a transparência (através, por exemplo, da *technical mark*, que revela o uso de IA, mesmo quando se trata de *deepfakes* de uso privado[52]), o que, embora possa diminuir riscos e contribuir para uma sociedade melhor informada, parece, ao mesmo tempo, um tanto quanto insuficiente quando se olha para o quadro geral que se tem vindo a pintar no decorrer deste trabalho.

## 6. Literacia mediática e digital

O Artigo 4º do Regulamento sobre a Inteligência Artificial faz referência a uma *literacia no domínio da IA*, resultando na exigência de que aqueles que se encontram envolvidos com sistemas de IA tenham *conhecimentos técnicos, experiência, qualificações académicas e formação*, de maneira mitigar o perigo que estes constituem.

Da mesma forma, o Código de Conduta sobre Desinformação de 2022 aponta a necessidade de capacitar utilizadores, investigadores e as próprias plataformas para a verificação de factos, incentivando grandemente a literacia mediática, mais-valia para o combate ao fenómeno desinformativo[53]. Parece lógico que, tratando-se a desinformação de um acontecimento que se vê alargado pela sua presença em linha, também a literacia digital seja estimulada.

Ora, a literacia digital é, sumariamente, a *capacidade que uma pessoa tem para desempenhar, de forma efetiva, tarefas em ambientes digitais*, sendo que esta capacidade passa por, entre outras coisas, *reproduzir dados e imagens através de manipulação digital* e a habilidade de interpretar essa informação[54]. A literacia informacional (ou mediática), por sua vez e embora por vezes considerada um

[52] EU AI Act unpacked #8: New rules on deepfakes. *Freshfields.* Acedido: 29 janeiro 2025. https://technologyquotient.freshfields.com/post/102jb19/eu-ai-act-unpacked-8-new-rules-on-deepfakes.

[53] Código de Conduta sobre Desinformação de 2022. Comissão Europeia: *Shaping Europe's digital future*. Acedido: 29 janeiro 2025. https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/policies/code-practice-disinformation.

[54] Literacia Digital e Literacia da Informação. *WordPress*. Acedido: 27 janeiro 2025. https://mgciissn.wordpress.com/caraterizacao-da-literacia-na-era-da-informacao/literacia-digital-e-literacia-da-informacao/.

sinónimo da anterior, trata-se de um conjunto de competências necessárias para encontrar, analisar e usar a informação[55].

Como se vem a explorar, a falta de competências básicas para a análise da grande quantidade de informação com que o cidadão se cruza todos os dias na *Internet* atrofia o seu desenvolvimento, representando um perigo para a própria coletividade que, vítima da opinião mal informada de alguns, vê a democracia em perigo[56].

É, por isso, necessário que estes pacotes de habilitações sejam fomentados para o combate à desinformação, fomentação essa para a qual a União tem vindo a trabalhar através de uma panóplia de iniciativas, de entre as quais: o plano de ação para a educação digital 2021-2027; a plataforma europeia para a educação digital, diretrizes comuns para professores e educadores de maneira que incentivem a literacia digital, entre outras[57].

## 7. Conclusões

De forma sumária, os *deepfakes* políticos somam-se a uma centena de outros fenómenos que, sendo característicos da Era Digital, põem em causa direitos fundamentais e alteram sistemas que se aparentavam minimamente dominados.

O seu inestimável auxílio como veículos de desinformação, função para a qual se tem notado uma lenta, mas crescente utilização, apresenta uma ameaça à democracia, através da manipulação do eleitorado, que se torna cada vez mais polarizado e radicalizado.

Este impacto, embora controvertido (em 2024, provou-se que não foi tão elevado como o esperado), levanta outras questões, nomeadamente, em termos de direitos fundamentais: a proteção que a liberdade de expressão e informação,

[55] *Ibidem*.

[56] Faustino, André (2024), p.93.

[57] European Education Area. *Comissão Europeia*. Acedido: 27 janeiro 2025. https://education.ec.europa.eu/focus-topics/digital-education/action-plan.

bem como a liberdade das artes e das ciências lhe propicia e as suas limitações e restrições deve ser discutida neste contexto.

O Regulamento sobre Inteligência Artificial simboliza, em matéria de sistemas de IA, um passo decididamente importante e, mesmo que em sede de *falsificações profundas* se afigure um pouco incompleto, representa uma manifesta probabilidade de mitigação dos efeitos nefastos das mesmas - a rotulação de imagens, vídeos ou áudios como tendo origem artificial fará (ou assim se espera) com que os indivíduos que se cruzem com esse tipo de conteúdo compreendam que não é real.

Encoraja-se a capacitação de utilizadores e das plataformas em linha para o combate à desinformação e, consequentemente, aos *deepfakes*, algo que apenas se alcançará através da criação de iniciativas por parte da União que incentivem a literacia, seja esta mediática (informacional), digital ou especificamente no domínio da IA.

## 8. Referências


Aba Catoira, Ana (2019). Los Desórdenes Informativos en un Sistema de Comunicación Democrático. *Revista Derecho Político*, 109, pp.119-151.

Angelides, Marios C. (2024). From breaking to faking the code: Alan Turing's Imitation Game latest upgrade for discerning Artificial Intelligence (AI)-generated deepfakes. *The Computer Journal*, 1-3. https://doi.org/10.1093/comjnl/bxae078.

BioID. EU Strengthens AI Regulations and Targets Deepfakes Amid Rising Concerns: How does BioID comply with AI Regulations? Acedido a 25 de janeiro de 2025. https://www.bioid.com/2024/06/03/eu-ai-act-deepfake-regulations/.

Brennan Center for Justice. Regulating AI Deepfakes and Synthetic Media in the Political Arena. Acedido a 21 de janeiro de 2025. https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/regulating-ai-deepfakes-and-synthetic-media-political-arena.

Comissão Europeia (2018). Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões

- Combater a desinformação em linha: uma estratégia europeia. COM (2018) 236 final. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0236.

Comissão Europeia (2022). Shaping Europe's digital future: Código de Conduta sobre Desinformação de 2022. Acedido a 29 de janeiro de 2025. https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/policies/code-practice-disinformation.

Comissão Europeia (2024). Shaping Europe's digital future: Regulamento Inteligência Artificial. Acedido a 29 de janeiro de 2025. https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/policies/regulatory-framework-ai.

Comissão Europeia (2024). Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Relatório de 2024 sobre o Estado de Direito, COM (2024) 800 draft, Bruxelas, 24/07/2024. https://commission.europa.eu/publications/2024-rule-law-report-communication-and-country-chapters_pt?prefLang=pt.

Comissão Europeia (2025). European Education Area. Acedido: 27 janeiro 2025. https://education.ec.europa.eu/focus-topics/digital-education/action-plan.

Cristóbal, Rosario Serra (2023). Noticias Falsas (Fakes News) y Derecho a Recibir Información Veraz. Dónde se Fundamenta la Posibilidad de Controlar la Desinformación y cómo Hacerlo. *Revista de Derecho Político*, 116, pp.13-46.

Cruz, Paulo Márcio; Ferrer, Gabriel Real (2020). Os Novos Cenários Transnacionais e a Democracia Assimétrica. *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*. Lisboa: Quid Juris, pp.345-370.

Deeptrace (2019). *The State of Deepfakes: Landscape, Threats and Impact.* Relatório 09/19. https://regmedia.co.uk/2019/10/08/deepfake_report.pdf.

EU Neighbours East. AI deepfakes and EU politics: is there a threat to democratic procedures? Acedido: 21 de janeiro de 2025. https://euneighbourseast.eu/young-european-ambassadors/blog/ai-deepfakes-and-eu-politics-is-there-a-threat-to-democratic-procedures/.

European Parliamentary Research Service (2021). Tackling deepfakes in European policy. *Study - Panel for the Future of Science and Technology*, PE

690.039.https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/690039/EPRS_STU%282021%29690039_EN.pdf.

Faustino, André (2024). Direito à informação Verdadeira: *Fake News* e a Literacia Informacional. *Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno*, vol.1, núm.7, pp.83-99. https://doi.org/10.23925/ddem.v.1.n.7.60562.

Fernández Rodríguez, José Julio (2021). Aproximación crítica a la manipulación informativa: el ejemplo de las redes sociales". *Gladius et Scientia. Revista de Seguridad del CESEG*, 3. https://doi.org/10.15304/ges.3.8909.

García Rubio, Fernando. El régimen jurídico de la lucha contra las fake news en España. *Actualidad Administrativa*, 9: Sección Actualidad.

Georgia Tech. The Liar's Dividend: The Impact of Deepfakes and Fake News on Politician Support and Trust in Media. Acedido a 30 de janeiro de 2025. https://gvu.gatech.edu/research/projects/liars-dividend-impact-deepfakes-and-fake-news-politician-support-and-trust-media.

Human Rights House Foundation. The right to critize - communication of the case Gąsior vs. Poland. Acedido a 28 de janeiro de 2025. https://humanrightshouse.org/articles/the-right-to-critize-communication-of-the-case-gasior-vs-poland/.

Marchesini, Roberto (2025). Sempre fomos pós-humanos: filosofia pós-humanista e natureza humana. Brasil: Instituto Humanitas Unisinos - IUH. https://www.ihu.unisinos.br/categorias/607810-sempre-fomos-pos-humanos-filosofia-pos-humanista-e-natureza-humana-artigo-de-roberto-marchesini. Acedido: 16 de janeiro de 2025.

Jacobacci Partners. AI and Deepfakes: EU and Italian Regulations. Acedido: 28 janeiro 2025. https://www.jacobacci.com/en/publications/ai-and-deepfakes.

Karunian, Alia Yofira (2024). *The imitation Game: Examining Regulatory Challenges of Political Deepfakes in the European Union*. Edinburgh: University of Edinburgh. https://osf.io/preprints/socarxiv/59qjw .

Langlais-Fontaine, Claire (2020). Démêler le vrai du faux: étude de la capacité du droit actuel à lutter contre les *deepfakes. La Revue des Droits de l'Homme*, 18. https://doi.org/10.4000/revdh.9747.

Misinformation Review, Harvard Kennedy School. Beyond the deepfake hype: AI, democracy, and 'the Slovak case'. Acedido: 21 de janeiro de 2025. https://misinforeview.hks.harvard.edu/article/beyond-the-deepfake-hype-ai-democracy-and-the-slovak-case/.

Monteiro, Vanessa Nunes (2022). Duelo de Titãs: Liberdade de Expressão vs. Discurso de Ódio (o Tratamento pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos). *Revista Minerva Universitária*, 31/10/22. https://www.revistaminerva.pt/duelo-de-titas-liberdade-de-expressao-vs-discurso-de-odio-o-tratamento-pelo-tribunal-europeu-dos-direitos-humanos/.

NPR. Deepfake video of Zelenskyy could be the 'tip of the iceberg' in info war, experts warn. Acedido: 21 janeiro 2025. https://www.npr.org/2022/03/16/1087062648/deepfake-video-zelenskyy-experts-war-manipulation-ukraine-russia.

NPR. How AI deepfakes polluted elections in 2024. Acedido: 21 janeiro 2025. https://www.npr.org/2024/12/21/nx-s1-5220301/deepfakes-memes-artificial-intelligence-elections.

Pereira, Miguel (2021). Defining desinformation in the EU: a matter beyond linguistics. *Unio EU Law Journal*, 07/09/21. https://officialblogofunio.com/2021/09/07/defining-disinformation-in-the-eu-a-matter-beyond-linguistics/.

Schjødt. Deep fakes in the AI Act. Acedido a 28 de janeiro de 2025. https://schjodt.com/news/deep-fakes-in-the-ai-act.

Silveira, Alessandra (2024). Democracia e Comunidade Política Europeia. *Fundamentos Jurídico-Políticos da Integração Europeia*. Lisboa: Quid Juris, pp.176-182.

Silveira, Alessandra; Coelho, Larissa Araújo; Costa, Maria Inês; Cabral, Tiago Sérgio (eds.) (2024). *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Commentary*. JusGov: UMinho Law School - Escola de Direito da Universidade do Minho.

Stockwell, Sam (2024). *AI-Enabled Influence Operations: Threat Analysis of the 2024 UK and European Elections.* London: Centre for Emerging and Technology and Security - The Alan Turing Institute. https://cetas.turing.ac.uk/sites/default/

files/2024-09/cetas_briefing_paper_-_ai-enabled_influence_operations_-_threat_analysis_of_the_2024_uk_and_european_elections.pdf.

Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (2012). Secção 4ª. 21 de fevereiro de 2012. Caso Gąsior contra Polónia (34472/07). Final - 9 de julho de 2012. https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-109140&filename=001-109140.pdf&TID=thkbhnilzk.

UNDP. A 'Super Year' for Elections. Acedido a 21 de janeiro de 2025. https://www.undp.org/super-year-elections.

União Europeia (2024). Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de junho de 2024 que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial e que altera os Regulamentos (CE) 300/2008, (UE) 167/2013, (UE) 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/21 e as Diretivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regulamento da Inteligência Artificial). JO L, 2024/1689, 12.7.2024. ELI: http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj.

Wordpress. Literacia Digital e Literacia da Informação. Acedido: 27 janeiro 2025. https://mgciissn.wordpress.com/caraterizacao-da-literacia-na-era-da-informacao/literacia-digital-e-literacia-da-informacao/.

World Economic Forum. Deepfakes proved a different threat than expected. Here's how to defend against them. Acedido: 22 janeiro 2025. https://www.weforum.org/stories/2025/01/deepfakes-different-threat-than-expected/.

# A RESPOSTA DA UNIÃO EUROPEIA AO CIBERCRIME: HARMONIZAÇÃO DAS SANÇÕES E PROTEÇÃO DA CIDADANIA DIGITAL

João Pedro Sousa[1]

## 1. Introdução

A transformação digital trouxe benefícios inegáveis à sociedade contemporânea, desde a conectividade global até ao crescimento das economias digitais. No entanto, os mesmos avanços tecnológicos que potenciam o progresso social e económico expõem também vulnerabilidades significativas, criando um terreno fértil para o desenvolvimento do cibercrime. A União Europeia (UE), enquanto bloco transnacional comprometido com a promoção dos direitos fundamentais e com a segurança dos seus cidadãos, enfrenta um desafio complexo: garantir uma resposta eficaz e harmonizada à ameaça crescente dos crimes informáticos, assegurando simultaneamente a preservação da cidadania digital no espaço virtual.[2,3]

Na UE, o conceito de cidadania digital implica o reconhecimento e a proteção dos direitos e deveres dos cidadãos no ciberespaço, incluindo o direito à

[1] Estudante do Mestrado em Direito da União Europeia, Escola de Direito, Universidade do Minho.

[2] Comissão Europeia (2020). Comunicação conjunta ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a Estratégia de cibersegurança da UE para a década digital, JOIN(2020), 18 final, dezembro 16.

[3] Considerando 3 do Regulamento (UE) 2019/881 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019. Relativo à ENISA (Agência da União Europeia para a Cibersegurança) e à certificação da cibersegurança das tecnologias da informação e comunicação e que revoga o Regulamento (UE) 526/2013 (Regulamento Cibersegurança), JO L 151. pp.15-69.

privacidade, à liberdade de expressão e ao acesso seguro às tecnologias.[4] O cibercrime coloca uma ameaça direta a esses direitos, desde violações de dados pessoais a ataques a infraestruturas críticas. Neste contexto, o Relatório sobre o Estado da Cibersegurança na União em 2024, elaborado pela Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA)[5,6,7], revela um aumento preocupante de incidentes nesta área[8], destacando-se os ataques de *ransomware*, o *phishing* e crimes associados à inteligência artificial (IA). Estes dados sublinham a urgência de respostas legislativas e operacionais coordenadas[9].

A União Europeia tem avançado significativamente no combate ao cibercrime, através da sua produção legislativa. Diretivas como a 2013/40/UE[10],

[4] Parlamento Europeu e Conselho (2023). Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital, 2023/C 23/01, PUB/2023/89, OJ C 23. pp.1-7.

[5] Santos, Henrique (2020). Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA). Em: Covelo de Abreu, Joana; Reis, Liliana (ed.). *Instituições, Órgãos e Organismos da União Europeia.* Coimbra: Almedina, pp.329-336.

[6] Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA) (2024). Report on the State of Cybersecurity in the Union. Consultado em dezembro 20, 2024. https://www.enisa.europa.eu/publications/2024-report-on-the-state-of-the-cybersecurity-in-the-union.

[7] Este é o primeiro relatório da ENISA sobre esta matéria, conforme previsto no artigo 18.º da Diretiva (UE) 2022/2555, o qual estabelece que *a ENISA deve adotar, em cooperação com a Comissão e com o grupo de cooperação, um relatório bienal sobre o estado da cibersegurança na União e deve transmitir e apresentar esse relatório ao Parlamento Europeu*.

[8] O artigo 2º, n.1 do Regulamento (UE) 2019/881 define cibersegurança como *todas as atividades necessárias para proteger de ciberameaças as redes e os sistemas de informação, os seus utilizadores e outras pessoas afetadas*. Incidente é definido no artigo 6º, n.6 da Diretiva (UE) 2022/2555 como *um evento que ponha em causa a disponibilidade, a autenticidade, a integridade ou a confidencialidade de dados armazenados, transmitidos ou tratados ou dos serviços oferecidos por sistemas de rede e informação ou acessíveis por intermédio destes*.

[9] Conferir para mais detalhes: Cotrina, Lisseth Katherine Chuquitucto; et al. (2024). Cyber Crimes: A Systematic Review of Evolution, Trends, and Research Approaches. *Journal of Educational and Social Research,* 14(5), pp.96-112. https://doi.org/10.36941/jesr-2024-0124.

[10] Diretiva 2013/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 agosto de 2013 relativa a ataques contra os sistemas de informação e que substitui a Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho, JO L 218, pp.8-14. Esta diretiva criminaliza ações como o acesso ilegal e a interferência no sistema e serve de base para este esforço.

2016/1148[11], e 2022/2555 (Diretiva SRI 2)[12] estabeleceram uma base sólida para reforçar a cibersegurança no espaço europeu, assegurando a continuidade dos serviços essenciais e promovendo a cooperação entre os Estados-Membros. Paralelamente, o Regulamento (UE) 2019/881 (Regulamento de Cibersegurança) e o Regulamento (UE) 2024/2847 (Regulamento da Ciber-resiliência)[13] refletem o compromisso da UE em regulamentar as tecnologias emergentes ligadas à prevenção e à prática de crimes cibernéticos.

Apesar destes progressos, a disparidade nas sanções aplicadas pelos diferentes Estados-Membros compromete a eficácia da resposta europeia ao cibercrime. Este problema adquire especial relevância numa era em que os crimes digitais ultrapassam fronteiras nacionais, exigindo uma abordagem transnacional baseada na harmonização das sanções. O Relatório da ENISA de 2024 sublinha que a falta de uniformidade penal dificulta os esforços de cooperação e, inadvertidamente, encoraja a prática criminosa em jurisdições com penalizações mais brandas.

A harmonização das sanções é, por isso, não apenas uma questão de justiça penal, mas também de proteção dos direitos fundamentais. Através do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (RGPD - Regulamento (UE)

[11] Diretiva (UE) 2016/1148 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União, JO L 194, pp.1-30. Esta diretiva foi promulgada para estabelecer capacidades de cibersegurança em toda a União. Visa reduzir as ameaças às redes e aos sistemas de informação utilizados para a prestação de serviços essenciais em sectores-chave. Garantir a continuidade destes serviços durante os incidentes reforça a segurança da União e o funcionamento eficaz da sua economia e sociedade.

[12] Diretiva (UE) 2022/2555 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022 relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de cibersegurança na União que altera o Regulamento (UE) 910/2014 e a Diretiva (UE) 2018/1972 e revoga a Diretiva (UE) 2016/1148 (Diretiva SRI 2), JO L 333, pp.80-152. Esta diretiva introduziu medidas para garantir um nível mais elevado de cibersegurança nos Estados-Membros. Aborda os desafios contemporâneos e incentiva uma maior cooperação entre as autoridades nacionais.

[13] Regulamento (UE) 2024/2847 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2024, relativo aos requisitos horizontais de cibersegurança dos produtos com elementos digitais e que altera os Regulamentos (UE) 168/2013 e (UE) 2019/1020 e a Diretiva (UE) 2020/1828 (Regulamento de Ciber-Resiliência), JO L, 2024/2847. http://data.europa.eu/eli/reg/2024/2847/oj.

2016/679)[14], a UE já fixou padrões elevados em matéria de proteção de dados pessoais. Ainda assim, a crescente sofisticação dos cibercriminosos coloca novos desafios à eficácia deste quadro normativo, exigindo um sistema sancionatório robusto, que promova a confiança dos cidadãos nas tecnologias digitais e garanta a sua segurança no ambiente virtual[15].

Outro ponto crucial reside na ligação entre a harmonização das sanções e a cidadania digital. A proteção dos direitos fundamentais no contexto digital exige que as sanções não se limitem a punir os infratores, mas que funcionem também como mecanismo dissuasor eficaz, assegurando uma aplicação justa da lei em todos os Estados-Membros[16]. Neste domínio, o papel das agências europeias, como a ENISA e a Europol[17], é fundamental, fornecendo recomendações baseadas em dados concretos e evidência empírica, permitindo uma resposta coordenada e adaptável às ameaças emergentes[18].

Tendo em conta estes elementos, o objetivo central do presente artigo é analisar as intersecções entre a harmonização das sanções em matéria de cibercrime e a proteção da cidadania digital na União Europeia. A investigação apoia-se na análise da legislação europeia, de relatórios institucionais e de estudos académicos, complementados com dados estatísticos da ENISA e da Europol, de modo a contextualizar as tendências atuais e avaliar o impacto das iniciativas europeias nesta área.

Com este contributo, pretende-se não apenas aprofundar o debate em torno da cibersegurança na UE, mas também refletir sobre o equilíbrio necessário entre a salvaguarda da segurança digital e a proteção dos direitos fundamentais.

---

[14] Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), JO L 119, pp.1-88.

[15] Estratégia de cibersegurança da UE para a década digital, p.2.

[16] Ibid.

[17] Laro-González, Elena (2020). Serviço Europeu de Polícia. Em: Covelo de Abreu, Joana; Reis, Liliana (ed.). *Instituições, Órgãos e Organismos da União Europeia*. Coimbra: Almedina, pp.439-444.

[18] Regulamento Cibersegurança, considerando 35, e artigos 4º, 5º e 6º.

Promover uma cidadania digital mais robusta e resiliente é, em última análise, essencial para construir um ciberespaço mais seguro, justo e inclusivo para todos os cidadãos[19-20].

## 2. Cibercrime e ameaças emergentes: um fenómeno em expansão

Os relatórios da ENISA e da Europol[21,22] traçam um panorama de desafios complexos e em constante evolução no domínio da cibersegurança, sublinhando a necessidade de vigilância contínua e de medidas de segurança mais robustas para proteger os cidadãos, organizações e instituições da União Europeia[23].

O Relatório de 2024 sobre o Estado da Cibersegurança na União revela uma rápida evolução dos cibercrimes, destacando que o panorama das ameaças à cibersegurança é fortemente influenciado por tensões geopolíticas. Actividades cibernéticas maliciosas, levadas a cabo por agentes estatais e não estatais, tornaram-se parte integrante das chamadas ameaças híbridas, como campanhas de desinformação e actos de sabotagem, com o objectivo de desestabilizar a democracia europeia e os seus valores. Conflitos como a guerra da Rússia contra a Ucrânia ou o conflito Israel-Palestina contribuíram para o aumento de casos de Manipulação e Interferência de Informação Estrangeira (FIMI) e de ciberactivismo (hacktivismo), intensificados por eventos relevantes como as Eleições Europeias, que impulsionaram ainda mais a actividade cibernética[24].

Segundo o relatório ENISA Threat Landscape 2024, os ataques de Negação de Serviço (DDoS) e os ataques de *ransomware* foram os tipos mais reportados

[19] Regulamento Ciber-Resiliência, considerandos 1 e 24.

[20] Estratégia de cibersegurança da UE para a década digital, p.4.

[21] ENISA, *2024 Report on the State of Cybersecurity in the Union.*

[22] Europol. Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) (2024). https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Internet%20Organised%20Crime%20Threat%20Assessment%20IOCTA%202024.pdf

[23] Regulamento Cibersegurança, considerandos 5, 6 e 7.

[24] ENISA (2024). *2024 Report on the State of Cybersecurity in the Union*, pp.14-19.

entre o final de 2023 e meados de 2024, representando mais de metade dos incidentes registados, seguidos pelas ameaças relacionadas com dados.

Os sistemas da UE e as entidades da União continuam vulneráveis a explorações tanto conhecidas como desconhecidas. O nível geral de ameaça cibernética é actualmente considerado *substancial*, o que indica que agentes maliciosos estão activamente a explorar vulnerabilidades recentes ou a visar diretamente entidades europeias, gerando riscos reais de perturbações significativas nos serviços essenciais e nas Instituições, Órgãos e Agências da União Europeia[25].

Além disso, o cibercrime tem vindo a adoptar novas táticas: os operadores de *ransomware* estão agora mais focados na exfiltração de dados do que na sua encriptação, recorrendo a métodos de dupla extorsão e atacando de forma mais agressiva as pequenas e médias empresas, com o objetivo de maximizar o impacto[26]. O estudo prospetivo da ENISA sobre ameaças à cibersegurança para 2030[27] destaca a crescente importância da segurança cibernética nas eleições, bem como o papel da desinformação, especialmente aquela gerada por inteligência artificial.

O relatório Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) 2024[28], da Europol, confirma uma tendência preocupante: o aumento significativo de material de abuso sexual infantil em linha, incluindo casos criados ou intensificados através de inteligência artificial[29]. A fraude mantém-se como um problema dominante, em particular a fraude de investimento, as burlas via correio eletrónico empresarial e os esquemas de romance em linha. Estes crimes, a par do *digital skimming*, continuam a causar danos financeiros consideráveis.

---

[25] ENISA (2024). *2024 Report on the State of Cybersecurity in the Union*, p.14.

[26] Idem, p.15.

[27] ENISA (2023). *Identifying Emerging Cyber Security Threats and Challenges for 2030 report*, p.8.

[28] IOCTA 2024 é um marco significativo, celebrando uma década desde que a Europol revelou o seu primeiro IOCTA em 2014.

[29] Reuters, Spanish prosecutor to probe AI-generated images of naked minors. Consultado: 20/12/2024. https://www.reuters.com/world/europe/spanish-prosecutor-probe-ai-generated-images-naked-minors-2023-09-25/.

Os e-mails de *phishing* com hiperligações maliciosas, disseminados através das redes sociais, beneficiam agora de capacidades avançadas proporcionadas pela inteligência artificial, permitindo a criação de *deepfakes* e outros conteúdos fraudulentos altamente credíveis. Estas inovações tornam cada vez mais difícil para indivíduos e organizações reconhecerem e resistirem a tais ataques[30].

Os cibercriminosos continuam a recorrer à *dark web* e às criptomoedas para perpetrar as suas actividades, protegendo transacções ilegais e distribuindo serviços ilícitos. As criptomoedas, com destaque para aquelas orientadas para a privacidade como a Monero, permanecem como o método preferencial para transações ilegais, devido às suas características de anonimato reforçado[31].

A *dark web* funciona como um centro de operações para o cibercrime, com mercados dedicados à venda de ferramentas, dados roubados e serviços ilegais. A crescente facilidade de navegação e utilização destas plataformas contribui para a entrada de utilizadores com menos competências técnicas, através da disponibilização de tutoriais, *kits* de *ransomware* prontos a usar e serviços de *hacker-for-hire*, reforçando a profissionalização do sector[32].

Nenhum setor está imune a ataques cibernéticos. Os setores mais afetados continuam a ser os tradicionais, como a administração pública (19%), seguidos pelos transportes (11%), banca e finanças (9%), serviços empresariais (8%), infraestruturas digitais (8%), o público em geral (8%) e o sector industrial (6%). No entanto, setores aparentemente menos evidentes, como o tratamento de águas residuais, gestão de resíduos, produtos químicos e abastecimento de água potável, também são alvo de ataques, embora representem menos de 1% dos casos[33].

[30] Europol, *IOCTA 2024*, pp.10-11.

[31] Para mais detalhes, consultar: European Union Agency for Cybersecurity (ENISA) (2020). *Threat Landscape on Cryptojacking report*. Consultado: 08/01/2024. https://www.enisa.europa.eu/sites/default/files/publications/ETL2020%20-%20Cryptojacking%20A4.pdf.

[32] Europol, *IOCTA 2024,* p.12-16.

[33] ENISA, *Threat Landscape 2024 report*, p.14-16.

Entretanto, as autoridades policiais têm registado progressos no desmantelamento de redes criminosas, com detenções mediáticas e operações de grande escala[34-35], obrigando alguns grupos a adaptarem as suas estratégias e a desenvolverem novos modelos de negócio, evidenciando a natureza persistente e dinâmica das ameaças cibernéticas na UE.

Face a esta evolução das ameaças e aos avanços legislativos e políticos em matéria de cibersegurança, a União Europeia mantém-se determinada em reforçar a sua resiliência perante os novos desafios. A implementação plena da Diretiva SRI 2, do Regulamento da Ciber-Resiliência e do Regulamento de Cibersolidariedade[36] irá aumentar significativamente a capacidade da UE neste domínio. No entanto, como referido no Relatório de 2024 sobre o Estado da Cibersegurança na União, o verdadeiro impacto destas medidas dependerá da atribuição de recursos adequados, de uma implementação eficaz e da adaptação constante às novas tendências tecnológicas, como a inteligência artificial e a criptografia pós-quântica[37].

Ao aproveitar as estruturas já existentes, maximizar a cooperação entre os Estados-Membros e apoiar as autoridades nacionais e entidades da UE nas suas funções, é possível combater a fragmentação e assegurar a coesão.

A experiência técnica de agências como a ENISA e a Europol será fundamental para orientar os esforços da União na harmonização das políticas de cibersegurança e na resposta a desafios futuros[38].

---

[34] Crypto.news (2024). *Suspects in $14m Holograph hack arrested by EU authorities*. Consultado janeiro 5, 2025. https://crypto.news/suspects-in-14m-holograph-hack-arrested-by-eu-authorities/.

[35] The Record (2024). *Spanish police arrest three suspects linked to pro-Moscow NoName057(16) hackers*. Consultado janeiro 5, 2025. https://therecord.media/spain-arrest-noname-russia-hackers.

[36] Regulamento (UE) 2025/38 do Parlamento Europeu e do Conselho que cria medidas destinadas a reforçar a solidariedade e as capacidades da União para detetar, preparar e dar resposta a ciberameaças e incidentes de cibersegurança e que altera o Regulamento (UE) 2021/694 (Regulamento de Cibersolidariedade). JO L, 2025/38. http://data.europa.eu/eli/reg/2025/38/oj.

[37] ENISA. *2024 Report on the State of Cybersecurity in the Union*, p.58.

[38] Ibid.

## 3. Harmonização das sanções na UE: estado atual e desafios

Uma resposta unificada, baseada na partilha sistemática e abrangente de informação e na cooperação entre os Estados-Membros, é essencial para enfrentar o ambiente de ameaças coletivas da União Europeia. O objetivo principal da UE é apoiar os Estados-Membros na proteção dos seus cidadãos, interesses económicos e segurança nacional, respeitando simultaneamente os direitos e liberdades fundamentais e promovendo o Estado de direito, em conformidade com os princípios consagrados nos artigos 2º, 3º e 21º do Tratado da União Europeia[39].

As medidas restritivas, ou sanções, são um instrumento fundamental da Política Externa e de Segurança Comum da UE, permitindo à União responder a desafios e desenvolvimentos globais que ameacem os seus valores e objetivos[40]. Uma vez que a aplicação das sanções da UE é da responsabilidade dos Estados-Membros, os sistemas nacionais apresentam diferenças significativas quanto à criminalização da violação dessas sanções, nomeadamente quanto à natureza da infração (criminal ou administrativa) e às sanções aplicadas. Importa referir que, a 28 de novembro de 2022, o Conselho incluiu a violação das medidas restritivas na lista dos *crimes da UE*, evitando assim diferentes graus de aplicação das sanções e o risco de evasão das mesmas[41].

Neste sentido, com a entrada em vigor da Diretiva (UE) 2024/1226[42], a União procura limitar a evasão às sanções e reforçar a sua aplicação, passando

[39] Estratégia de cibersegurança da UE para a década digital, p.13-19.

[40] Camisão, Isabel; Coutinho, Francisco Pereira (2016). Capítulo XIX: Ação Externa. Em: Silveira, Alessandra; Canotilho, Mariana; Froufe, Pedro Madeira (coord.). *Direito da União Europeia: Elementos de Direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, pp.1187-1235.

[41] Conselho da União Europeia (2023). Comunicado de imprensa: *Council and Parliament reach political agreement to criminalise violation of EU sanctions.* Consultado: 08/01/2025. https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/12/12/council-and-parliament-reach-political-agreement-to-criminalise-violation-of-eu-sanctions/.

[42] Diretiva (UE) 2024/1226 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de abril de 2024, relativa à definição das infrações penais e das sanções aplicáveis à violação de medidas restritivas da União e que altera a Diretiva (UE) 2018/1673, PE/95/2023/REV/1, JO L, 2024/1226. http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1226/oj.

determinadas condutas referidas no artigo 3º da referida Diretiva a ser consideradas infrações penais em todos os Estados-Membros, como por exemplo, não congelar fundos ou auxiliar na violação de proibições de viagem[43].

No que diz respeito às medidas restritivas contra ciberataques, a UE tem recorrido à chamada *caixa de ferramentas de diplomacia cibernética*, introduzida em maio de 2019 pela Decisão (PESC) 2019/797 do Conselho[44]. Este instrumento permite, pela primeira vez, à União impor sanções a indivíduos ou entidades responsáveis por ciberataques ou que os tentem perpetrar, bem como àqueles que os apoiem financeira, técnica ou materialmente, ou que estejam de alguma forma envolvidos, ou mesmo associados a esses indivíduos ou entidades[45].

Nos termos do artigo 1º, n.2, da caixa de ferramentas, estas sanções aplicam-se a ciberataques que constituam uma ameaça externa à União ou aos seus Estados-Membros, incluindo os que: a) se originem ou sejam realizados fora da UE; b) utilizem infraestruturas localizadas fora da UE; c) sejam levados a cabo por indivíduos ou entidades estabelecidos ou a operar fora da UE; ou d) sejam realizados com o apoio, direção ou controlo de pessoas ou entidades fora da UE[46]. O artigo 1º, n.4, especifica os ciberataques considerados uma ameaça aos Estados-Membros como aqueles que afetam sistemas informáticos relacionados com infraestruturas críticas essenciais à sociedade ou à saúde, segurança, proteção e bem-estar económico ou social dos cidadãos; com serviços essenciais como energia, transportes, banca, finanças, saúde, água potável e infraestruturas digitais; com funções críticas do Estado como defesa, governação e funcionamento institucional, eleições públicas, infraestruturas económica e civil, segurança interna e relações externas; com o armazenamento ou

[43] Diretiva (UE) 2024/1226, Article 3.

[44] Decisão (PESC) 2019/797 do Conselho, de 17 de maio de 2019, relativa a medidas restritivas contra os ciberataques que constituem uma ameaça para a União ou os seus Estados-Membros, ST/7299/2019/INIT, JO L 129I, pp.13-19.

[45] Decisão (PESC) 2019/797 do Conselho, Artigos 4º, n.1 e 5º, n.1.

[46] Decisão (PESC) 2019/797 do Conselho, Artigo 1º, n.2.

tratamento de informação classificada; e ainda os dirigidos contra equipas de resposta de emergência governamentais[47].

Atualmente, em conformidade com o artigo 7º da caixa de ferramentas, a UE designou catorze indivíduos e quatro entidades responsáveis por ou envolvidos em ciberataques que afetaram a União e os seus Estados-Membros[48]. As medidas restritivas previstas neste instrumento, enunciadas nos artigos 4º e 5º, incluem o congelamento de bens e a proibição de viagens aos autores dos ciberataques[49,50]. Esta caixa de ferramentas não se limita a medidas reativas: promove igualmente medidas de dissuasão, assegurando que a UE pode agir de forma decidida e coerente contra ameaças cibernéticas maliciosas, contribuindo para uma abordagem harmonizada no combate à cibercriminalidade e na aplicação de medidas de cibersegurança[51].

Este instrumento complementa a Diretiva SRI 2, conferindo um regime sancionatório aplicável em todos os Estados-Membros. Enquanto a SRI 2 foca-se na harmonização das medidas de cibersegurança, a caixa de ferramentas assegura a aplicação uniforme de sanções perante incidentes cibernéticos graves em toda a União, encorajando ainda Estados terceiros a implementar restrições semelhantes[52].

Prevê-se que sejam necessários esforços adicionais para aperfeiçoar e alargar o âmbito das sanções, uma vez que as ameaças cibernéticas estão em

[47] Decisão (PESC) 2019/797 do Conselho, Artigos 1º, n.4.

[48] Decisão (PESC) 2024/1779 do Conselho, de 24 de junho de 2024, que altera a Decisão (PESC) 2019/797 relativa a medidas restritivas contra os ciberataques que constituem uma ameaça para a União ou os seus Estados-Membros, JO L, 2024/1779. http://data.europa.eu/eli/dec/2024/1779/oj.

[49] Decisão (PESC) 2022/754 do Conselho de 16 de maio de 2022 que altera a Decisão (PESC) 2019/797 relativa a medidas restritivas contra os ciberataques que constituem uma ameaça para a União ou os seus Estados-Membros, estende a aplicação das medidas restritivas para maio 18, 2025.

[50] Decisão (PESC) 2019/797 do Conselho, o artigo 4º, n.1 estipula, que *os Estados-Membros tomam as medidas necessárias para prevenir a entrada nos seus territórios, ou o trânsito através deles*; o artigo 5º, n.1 especifica que *são congelados todos os fundos e recursos económicos que sejam propriedade, estejam na posse ou se encontrem à disposição ou sob controlo*.

[51] Decisão (PESC) 2019/797 do Conselho, Considerandos 2, 3 e 8.

[52] Decisão (PESC) 2019/797 do Conselho, Artigo 9º.

constante evolução e a UE procura integrar os avanços tecnológicos na deteção e prevenção dessas ameaças[53].

## 4. Relevância da cidadania digital na União Europeia

A cidadania digital na União Europeia é um conceito fundamental para compreender a relação entre os indivíduos e o mundo digital. Assente na Declaração Europeia sobre os Direitos e Princípios Digitais, adotada em 2022, reflecte o compromisso da UE em moldar uma transformação digital em consonância com os valores europeus, sendo que, no seu cerne, a cidadania digital implica a capacidade de exercer direitos e deveres no espaço digital, promovendo a inclusão, a proteção e o empoderamento dos cidadãos[54,55].

Tal como sublinhado na declaração:

> *As pessoas estão no centro da transformação digital na União Europeia. A tecnologia deve servir e beneficiar todas as pessoas que vivem na UE e capacitá-las para prosseguirem as suas aspirações, em total segurança e no respeito dos seus direitos fundamentais[56].*

Este conceito tornou-se cada vez mais pertinente e evidente à medida que a digitalização se acelerou, especialmente impulsionada pela pandemia de COVID-19, que expôs disparidades no acesso às tecnologias e na literacia digital[57,58]. Estes desafios acentuam a necessidade de um quadro robusto, como

---

[53] Para mais detalhes: Conselho da União Europeia. *Cybersecurity: how the EU tackles cyber threats.* Consultado janeiro 8, 2024. https://www.consilium.europa.eu/en/policies/cybersecurity/.

[54] Declaração Europeia sobre os Direitos e Princípios Digitais.

[55] Para maiores desenvolvimentos: Maduro, Miguel Poiares (2012). Three Claims of Constitutional Pluralism. Em: Avbelj, Matej; Komáreck, Jan (ed.). *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond.* Hart Publishing.

[56] Capítulo 1, n.1 da Declaração Europeia sobre os Direitos e Princípios Digitais.

[57] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Digitalização da justiça na União Europeia Uma panóplia de oportunidades, COM(2020), 710 Final, dezembro 2, 2020.

[58] Ver também: Coelho, Larissa (2021). O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e o paradigma da justiça eletrónica. Em: Covelo de Abreu, Joana; Coelho, Larissa; Cabral, Tiago Sérgio. *O Contencioso da*

sustentado pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), particularmente nas disposições relativas à protecção de dados pessoais (artigo 8º), liberdade de expressão e de informação (artigo 11º) e não discriminação (artigo 21º)[59-60].

Para garantir um ambiente seguro para o exercício da cidadania digital, a UE implementou várias iniciativas, como o Plano de Ação para a Educação Digital (2021-2027), que sublinha a importância da literacia digital como componente essencial. Adoptado a 30 de setembro de 2020, o plano visa uma maior cooperação a nível europeu no domínio da educação, de forma a enfrentar os desafios e aproveitar as oportunidades aceleradas pela pandemia, dirigindo-se à comunidade educativa e de formação, decisores políticos, meio académico e investigadores a nível nacional, europeu e internacional. Estas iniciativas contribuem para a prioridade da Comissão *Uma Europa preparada para a era digital*[61] e para o programa *Next Generation EU*. Adicionalmente, o plano apoia o Mecanismo de Recuperação e Resiliência, que visa criar uma UE mais ecológica, mais digital e mais resiliente[62].

A cidadania digital está estreitamente ligada à cibersegurança, uma vez que a protecção de dados pessoais e a garantia de um ambiente digital seguro são fundamentais para o exercício dos direitos digitais. Iniciativas como a Estratégia da UE para a Cibersegurança sublinham que os cidadãos só confiarão no espaço

---

*União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça eletrónica europeia (e-Justice).* Braga ed. Volume II, pp.107-117.

[59] Silveira, Alessandra; Coelho, Larissa Araújo; Costa, Maria Inês; Cabral, Tiago Sérgio Alves (2024). *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Commentary.* JusGov Research Paper. https://ssrn.com/abstract=4999183 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4999183.

[60] Para mais detalhes, remete-se: Sarmento e Castro, Catarina (2013). Comentário ao Artigo 8º - Proteção de dados pessoais. Em: Silveira, Alessandra; Canotilho, Mariana (ed.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, pp.120-128.

[61]A este propósito, consultar: Comissão Europeia (2022). Joint Research Centre, V. Alberti, G. Caperna, G. Colagrossi, and F. Panella, A Europe Fit for the Digital Age: Tracking Europeans' Interest in EC Priorities Using Online Search Data. EU Publications Office. https://data.europa.eu/doi/10.2760/478863.

[62] Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité Das Regiões, Plano de Ação para a Educação Digital 2021-2027: Reconfigurar a educação e a formação para a era digital COM (2020) 624 final.

digital se sentirem que a sua informação está protegida e que existem medidas eficazes contra o cibercrime, reiterando a importância de ambientes digitais seguros e da proteção dos direitos dos cidadãos nesse mesmo espaço[63,64].

À medida que a UE abraça um futuro digital, a salvaguarda da cibersegurança torna-se central para a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos. A Directiva SRI 2, bem como o Regulamento Cibersegurança, o Regulamento de Ciber-Resiliência e o Regulamento de Cibersolidariedade, desempenham um papel fundamental na segurança das redes e dos sistemas de informação, assegurando não apenas o funcionamento contínuo de serviços essenciais, mas também a proteção dos direitos dos cidadãos contra ameaças digitais como ciberataques, violações de dados e roubo de identidade em toda a União[65].

Agências da UE como a ENISA e a Europol, estão na linha da frente na garantia do respeito pelos direitos digitais no espaço digital. A ENISA fornece orientações para a melhoria dos padrões de cibersegurança entre os Estados-Membros[66], e a Europol, através do seu Centro Europeu de Cibercrime (EC3), facilita a cooperação entre Estados-Membros no combate ao cibercrime e na protecção dos direitos digitais. Ambas também se dedicam ao reforço de capacidades em cibersegurança e fornecem informações essenciais baseadas em dados para orientar a resposta da UE a ameaças cibernéticas emergentes[67,68].

Um dos objectivos primordiais da UE na promoção da cidadania digital é garantir que ninguém fique para trás na revolução digital, sendo disso exemplo a Iniciativa de Inclusão Digital[69] que visa disponibilizar serviços e formação digital

[63] Estratégia de cibersegurança da UE para a década digital, p.4.

[64] Ver: Acórdão C-362/14, Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner (2015).

[65] ENISA (2024). *2024 Report on the State of Cybersecurity in the Union*, pp.9-12.

[66] Regulamento Cibersegurança, Considerando 35 e Artigos 5º, 6º e 7º.

[67] Consultar Europol. *European Cybercrime Centre - EC3*. Consultado janeiro 8, 2025. https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3.

[68] Artigo 88º TFUE.

[69] Para mais detalhes, veja-se: Comissão Europeia. *Moldar o future digital da Europa: Inclusão Digital*. Consultado janeiro 8, 2025. https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-inclusion.

acessíveis e a preços comportáveis a todos os cidadãos da UE, incluindo grupos vulneráveis como idosos, pessoas com deficiência e habitantes de zonas rurais.

> *A tecnologia deve ser usada para unir, e não para dividir, as pessoas. A transformação digital deve contribuir para uma sociedade e economia justas e inclusivas na UE.*

Tal como acentuado na Declaração Europeia sobre os Direitos e Princípios Digitais. Ao assegurar o acesso aos serviços e à informação digitais, a UE procura proteger os direitos digitais de forma igual para todos os cidadãos[70].

A harmonização dos direitos e responsabilidades digitais em todos os Estados-Membros é essencial para garantir que os direitos dos cidadãos da UE sejam protegidos de forma uniforme no espaço digital. Disparidades na proteção dos direitos digitais, como diferenças nas legislações de proteção de dados ou no acesso a serviços digitais, podem resultar numa abordagem fragmentada à cibersegurança, enfraquecendo o mercado único digital da UE e dificultando o combate ao cibercrime transfronteiriço, criando inconsistências na forma como os direitos dos cidadãos são protegidos.

Ao promover a literacia digital, salvaguardar os direitos dos cidadãos e garantir o acesso equitativo à tecnologia, a UE está a construir uma base para um futuro digital mais seguro e inclusivo, onde todos os cidadãos possam participar plenamente e prosperar[71].

## 5. Conclusões

O quadro legislativo de cibersegurança da União Europeia encontra-se num momento decisivo, numa altura em que procura adaptar-se a um panorama de ameaças em constante mutação, caracterizado por ataques de *ransomware*, ameaças híbridas, campanhas de desinformação e crimes cibernéticos potenciados por inteligência artificial, fenómenos intensificados pelos desenvolvimentos tecnológicos e por tensões geopolíticas crescentes. Os

[70] Capítulo 2 da Declaração Europeia sobre os Direitos e Princípios Digitais.

[71] Estratégia de cibersegurança da UE para a década digital, p.1.

relatórios da ENISA e da Europol evidenciam um aumento significativo na frequência e gravidade dos incidentes, afectando todos os sectores sem excepção, o que reforça a urgência de uma abordagem coordenada e abrangente à cibersegurança, de modo a proteger a economia, a democracia e a coesão social da União[72].

As iniciativas legislativas em curso, incluindo a aplicação da Diretiva SRI 2, do Regulamento Cibersegurança, do Regulamento de Ciber-Resiliência e do Regulamento de Cibersolidariedade, bem como a harmonização das sanções entre os Estados-Membros, visam reforçar as capacidades da UE neste domínio e construir uma frente comum contra o cibercrime.[73] Esta abordagem harmonizada potencia a capacidade da União para reagir, dissuadir e prevenir a criminalidade cibernética, contribuindo para a consolidação da cidadania digital ao garantir um espaço digital seguro, fiável e conforme aos valores do Estado de Direito, onde direitos fundamentais como a privacidade e a liberdade de expressão são efectivamente salvaguardados. Agências como a ENISA e a Europol desempenham um papel essencial neste esforço colectivo, prestando apoio técnico, operacional e estratégico aos Estados-Membros no combate às ameaças digitais, enquanto promovem a confiança dos cidadãos nas infraestruturas digitais. Contudo, a eficácia de todo este quadro depende, em grande medida, da disponibilização de recursos adequados, da implementação célere e rigorosa das normas, e da capacidade de adaptação permanente face à inovação tecnológica[74].

Em última análise, proteger a cidadania digital não se resume a reagir a ameaças, mas também a moldar proativamente o ciberespaço de forma a alinhar-se com os valores da UE: democracia, equidade, inclusão e confiança. A harmonização das sanções contribui para esse objetivo ao promover um sentimento de responsabilidade partilhada e proteção mútua. Através do seu

[72] Estratégia de cibersegurança da UE para a década digital, pp.1-4.

[73] Comissão Europeia (2024). Infringement Decisions. *Commission takes action to ensure complete and timely transposition of EU directives*. Consultado: 12/01/25. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_24_5988

[74] ENISA (2024). *2024 Report on the State of Cybersecurity in the Union*, p.58.

quadro legislativo, do reforço da cooperação e, acima de tudo, da priorização da salvaguarda dos direitos fundamentais, a UE pode construir uma sociedade digital mais robusta e equitativa e estar na vanguarda da cibersegurança num mundo cada vez mais interligado e digitalizado[75].

## 6. Referências


Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA) (2020). *Threat Landscape on Cryptojacking report*. Consultado 08/01/2024. https://www.enisa.europa.eu/sites/default/files/publications/ETL2020%20Cryptojacking%20A4.pdf.

Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA) (2023). *Identifying Emerging Cyber Security Threats and Challenges for 2030 report*. Consultado dezembro 20, 2024. https://www.enisa.europa.eu/sites/default/files/publications/ENISA%20Foresight%20Cybersecurity%20Threats%20for%202030.pdf.

Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA) (2024). *Report on the State of Cybersecurity in the Union*. Consultado dezembro 20, 2024. https://www.enisa.europa.eu/publications/2024-report-on-the-state-of-the-cybersecurity-in-the-union.

Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA) (2024). *Threat Landscape 2024 report.* Consultado 20/12/2024. https://www.enisa.europa.eu/sites/default/files/2024-11/ENISA%20Threat%20Landscape%202024_0.pdf.

Camisão, Isabel; Coutinho, Francisco Pereira (2016). Capítulo XIX: Ação Externa. Em: Silveira, Alessandra; Canotilho, Mariana; Froufe, Pedro Madeira (coord.). *Direito da União Europeia: Elementos de Direito e Políticas da União*. Coimbra: Almedina, pp.1187-1235.

Coelho, Larissa (2021). O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça e o Paradigma da Justiça Eletrónica. Em: Covelo de Abreu, Joana; Coelho, Larissa; Cabral, Tiago Sérgio (coord.). *O Contencioso da União Europeia e a Cobrança*


[75] Declaração Europeia sobre os Direitos e Princípios Digitais.

*Transfronteiriça de Créditos: Compreendendo as Soluções Digitais à Luz do Paradigma da Justiça Eletrónica Europeia (e-Justice).* Universidade do Minho.

Comissão Europeia (2020). Comunicação conjunta ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a Estratégia de cibersegurança da UE para a década digital, JOIN(2020) 18 final.

Comissão Europeia (2020). Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Digitalização da justiça na União Europeia Uma panóplia de oportunidades, COM(2020), 710 Final.

Comissão Europeia (2020). Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité Das Regiões, Plano de Ação para a Educação Digital 2021-2027: Reconfigurar a educação e a formação para a era digital COM (2020) 624 final.

Comissão Europeia (2022). Joint Research Centre, V. Alberti, G. Caperna, G. Colagrossi, and F. Panella, A Europe Fit for the Digital Age: Tracking Europeans' Interest in EC Priorities Using Online Search Data. European Union Office Publications. https://data.europa.eu/doi/10.2760/478863.

Comissão Europeia (2024). Infringement Decisions. Commission takes action to ensure complete and timely transposition of EU directives. Consultado: 12/01/25. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_24_5988.

Comissão Europeia (2025). Regulamento (UE) 2025/38 do Parlamento Europeu e do Conselho que cria medidas destinadas a reforçar a solidariedade e as capacidades da União para detetar, preparar e dar resposta a ciberameaças e incidentes de cibersegurança e que altera o Regulamento (UE) 2021/694 (Regulamento de Cibersolidariedade). JO L, 2025/38. http://data.europa.eu/eli/reg/2025/38/oj.

Conselho da União Europeia (2023). Comunicado de imprensa: Council and Parliament reach political agreement to criminalise violation of EU sanctions. Consultado: janeiro 8, 2025. https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/12/12/council-and-parliament-reach-political-agreement-to-criminalise-violation-of-eu-sanctions/.

Conselho da União Europeia (2024). *Cybersecurity: how the EU tackles cyber threats*. Consultado: 08/01/24. https://www.consilium.europa.eu/en/policies/cybersecurity/.

Cotrina, Lisseth Katherine Chuquitucto, et al. (2024). Cyber Crimes: A Systematic Review of Evolution, Trends, and Research Approaches. *Journal of Educational and Social Research,* 14 (5), pp.96-112. https://doi.org/10.36941/jesr-2024-0124.

Crypto.News (2024). Suspects in $14m Holograph hack arrested by EU authorities. Consultado: janeiro 5, 2025. https://crypto.news/suspects-in-14m-holograph-hack-arrested-by-eu-authorities/.

Europol. *European Cybercrime Centre - EC3*. Consultado janeiro 8, 2025. https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-cybercrime-centre-ec3.

Europol (2024). *Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) 2024*. Consultado: 20/12/24. https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Internet%20Organised%20Crime%20Threat%20Assessment%20IOCTA%202024.pdf.

Laro-González, Elena (2020). Serviço Europeu de Polícia. Em: Covelo de Abreu, Joana; Reis, Liliana (ed.). *Instituições, Órgãos e Organismos da União Europeia.* Coimbra: Almedina, pp.439-444.

Maduro, Miguel Poiares (2012). Three Claims of Constitutional Pluralism. Em: Avbelj, Matej; Komárek, Jan (ed.). *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*. Oxford: Hart Publishing.

Parlamento Europeu e Conselho (2023). Declaração Europeia sobre os direitos e princípios digitais para a década digital, 2023/C 23/01, PUB/2023/89, OJ C 23, pp.1-7.

Reuters (2023). S*panish Prosecutor to Probe AI-Generated Images of Naked Minors*". Consultado dezembro 20, 2024. https://www.reuters.com/world/europe/spanish-prosecutor-probe-ai-generated-images-naked-minors-2023-09-25/.

Santos, Henrique (2020). Agência da União Europeia para a Cibersegurança (ENISA). Em: Covelo de Abreu, Joana; Reis, Liliana (ed.). *Instituições, Órgãos e Organismos da União Europeia.* Coimbra: Almedina, pp.329-336.

Sarmento e Castro, Catarina (2013). Comentário ao Artigo 8.º - Proteção de dados pessoais. Em: Silveira, Alessandra; Canotilho, Mariana (ed.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, pp.120-128.

Silveira, Alessandra; Coelho, Larissa Araújo; Costa, Maria Inês; Cabral, Tiago Sérgio Alves (2024). *The Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Commentary.* JusGov Research Paper. https://ssrn.com/abstract=4999183 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4999183.

The Record (2024). *Spanish police arrest three suspects linked to pro-Moscow NoName057(16) hackers*. Consultado janeiro 5, 2025. https://therecord.media /spain-arrest-noname-russia-hackers.

TJUE (2015). Acórdão de 6 outubro 2015, Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner, Case C-362/14, ECLI:EU: C:2015:650.

União Europeia (2013). Diretiva 2013/40/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 agosto de 2013 relativa a ataques contra os sistemas de informação e que substitui a Decisão-Quadro 2005/222/JAI do Conselho, JO L 218, pp.8-14.

União Europeia (2016). Diretiva (UE) 2016/1148 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de julho de 2016, relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de segurança das redes e da informação em toda a União, JO L 194, pp.1-30.

União Europeia (2016). Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), JO L 119, pp.1-88.

União Europeia (2019). Decisão (PESC) 2019/797 do Conselho, de 17 de maio de 2019, relativa a medidas restritivas contra os ciberataques que constituem uma ameaça para a União ou os seus Estados-Membros, ST/7299/2019/INIT, JO L 129I, pp.13-19.

União Europeia (2019). Regulamento (UE) 2019/881 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de abril de 2019, relativo à ENISA (Agência da União Europeia para a Cibersegurança) e à certificação da cibersegurança das tecnologias da informação e comunicação e que revoga o Regulamento (UE) n.o 526/2013 (Regulamento Cibersegurança), JO L 151, pp.15-69.

União Europeia (2022). Decisão (PESC) 2022/754 do Conselho de 16 de maio de 2022 que altera a Decisão (PESC) 2019/797 relativa a medidas restritivas contra os ciberataques que constituem uma ameaça para a União ou os seus Estados-Membros, ST/8410/2022/INIT, OJ L 138, pp.16-36.

União Europeia (2022). Diretiva (UE) 2022/2555 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022 relativa a medidas destinadas a garantir um elevado nível comum de cibersegurança na União que altera o Regulamento (UE) n.o 910/2014 e a Diretiva (UE) 2018/1972 e revoga a Diretiva (UE) 2016/1148 (Diretiva SRI 2), JO L 333, pp.80-152.

União Europeia (2024). Decisão (PESC) 2024/1779 do Conselho, de 24 de junho de 2024, que altera a Decisão (PESC) 2019/797 relativa a medidas restritivas contra os ciberataques que constituem uma ameaça para a União ou os seus Estados-Membros, JO L, 2024/1779. http://data.europa.eu/eli/dec/2024/1779/oj.

União Europeia (2024). Diretiva (UE) 2024/1226 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de abril de 2024, relativa à definição das infrações penais e das sanções aplicáveis à violação de medidas restritivas da União e que altera a Diretiva (UE) 2018/1673, PE/95/2023/REV/1, JO L, 2024/1226. http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1226/oj.

União Europeia (2024). Regulamento (UE) 2024/2847 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2024, relativo aos requisitos horizontais de cibersegurança dos produtos com elementos digitais e que altera os Regulamentos (UE) 168/2013 e (UE) 2019/1020 e a Diretiva (UE) 2020/1828 (Regulamento de Ciber-Resiliência), JO L, 2024/2847. http://data.europa.eu/eli/reg/2024/2847/oj.

# A COMPATIBILIDADE DA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS COM A TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Maria Cardoso Tenreiro[1]

## 1. Introdução

A União Europeia (UE) constitui um espaço de liberdade, segurança e de justiça (ELSJ), caracterizado pelo mercado interno sem fronteiras. Esta ausência promoveu o aumento de litígios transfronteiriços, exigindo uma necessidade de adotar meios alternativos de resolução de litígios, além dos meios judiciais tradicionais.

A tutela jurisdicional efetiva abrange diversas dimensões, dentro das quais o acesso à justiça e ao Direito. O aumento de litígios transfronteiriços motivou a ampliação de mecanismos de Resolução Alternativa de Litígios (RAL) que oferecem alternativas ao sistema judicial tradicional, como a redução de custos, maior celeridade e uma abordagem mais conciliadora.

A RAL pode ser concretizada através de diversos meios, como a mediação, conciliação e arbitragem. Porém, o foco deste trabalho será, particularmente, a mediação, pois foi este método que o legislador reconheceu ter maior potencial (Gonçalves 2022: p.63). A mediação é um processo voluntário que permite às partes de alcançar um acordo extrajudicial, ajustado aos seus interesses e objetivos, promovendo soluções mais apaziguadoras e conciliadoras, em contraste à abordagem adversária do sistema judicial.

[1] Mestranda em Direito da União Europeia, Universidade do Minho, Portugal.

É neste contexto, que alguns Estados-Membros já preveem a mediação como obrigatória antes do acesso ao tribunal, o que levanta a preocupação de violar a tutela jurisdicional efetiva pois limita o acesso ao tribunal. No caso Alassini e outros, abordou-se esta tensão ao estabelecer que a mediação pode coexistir com o direito à tutela jurisdicional efetiva, desde que respeite determinados pressupostos.

Este trabalho tem como objetivo analisar como a tutela jurisdicional efetiva pode ser alcançada pela RAL. Será analisada a jurisprudência do caso supramencionado, que ilustra a compatibilidade e coexistência deste meio extrajudicial com o princípio e direito à tutela jurisdicional efetiva.

## 2. Resolução alternativa de litígios na União Europeia

O mercado interno da União Europeia consolida a liberalização das trocas comerciais, abrindo um *espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada* (Martinello et al 2024). Consequentemente, conduziu a um aumento de litígios transfronteiriços (UE 2002: p.7), o que conduziu para um atulhamento do sistema judicial.

O cidadão que se depare com a necessidade de aceder à justiça, é apresentado com vários obstáctulos, como a morosidade processual e os custos processuais asociados (Preto 2014: p.44). De modo a dar resposta a estas dificuldades que o cidadão pode deparar, a RAL ou *Alternative Dispute Resolution* (ADR) ganhou uma maior aderência, como resposta alternativa ao sistema judicial tradicional. Tornando-se um mecanismo fundamental para a diminuição das demandas judiciais (Mateus 2021: p.19).

Existem vários meios de RAL, destacando-se a mediação, arbitragem e a conciliação (Gonçalves 2022: p.63). Sucintamente, na conciliação (Viana 2015: p.52) o terceiro interveniente (conciliador) desempenha um papel ativo ao sugerir propostas de solução às partes. Contudo, são elas que detêm a autonomia de aceitar ou rejeitar as propostas, decidindo a celebração ou não do acordo. Por outro lado, a arbitragem (Viana 2015: p.53) invoca um terceiro especializado

(árbitro), que analisa os factos controvertidos e toma uma decisão vinculativa. A mediação (Viana 2015: p.49) apresenta-se como um meio mais equitativo e razoável, no qual o mediador atua como facilitador da comunicação entre as partes, promovendo um acordo satisfatório, sem o sugerir ou o impor.

A reunião de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999, marcou o grande passo para a valorização dos procedimentos extrajudiciais como meios alternativos à resolução de litígios. Em 2002, a Comissão publicou um Livro Verde sobre a RAL, com o objetivo de promover a utilização da mediação.

A diretiva de 2008/52/CE, conhecida como Diretiva da Mediação, demarcou a regulamentação da RAL na UE. Esta diretiva promove a mediação como um meio de resolução extrajudicial de litígios transfronteiriços em matérias civis e comerciais. Entre as principais disposições, destaca-se a obrigação dos Estados-Membros de garantir a validade e a execução dos acordos resultantes da mediação, promovendo uma harmonização jurídica no espaço europeu. A diretiva também incentiva os tribunais nacionais a convidar as partes a recorrer à mediação, sempre que adequado, mas deixa claro que a mediação obrigatória, seja pré-judicial ou extrajudicial, é da jurisdição do Estado-Membro desde que não impeça o acesso ao sistema judicial[2]. Além disso, o acordo resultando da mediação tem força executória, nos termos da diretiva, e tem de ser reconhecido pelos outros Estados-Membros.

A diretiva de 2013 ampliou o âmbito da RAL ao focar nos litígios de consumo (RALC). Esta diretiva, aborda indiretamente os procedimentos de mediação, conciliação e arbitragem indiretamente, como se observa no considerando 21[3]. A relevância do comércio transfronteiriço e do mercado interno potenciaram o aumento do consumo, o que levou à necessidade da UE, de implementar uma diretiva que protegia os consumidores, visto que tem de garantir um elevado nível de defesa do consumidor pelo Tratado sobre o Funcionamento da União

[2] Cfr. Art. 5º, nº 2 da Diretiva 2008/52/CE Do Parlamento europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial.

[3] Para melhor esclarecimento, a análise que deparo é *a entidade RAL reúne as partes para facilitar uma solução* reduz-se indiretamente à mediação; *propõe uma solução* resulta na conciliação e *impõe uma solução* remete para a arbitragem.

Europeia (TFUE) no art. 169º e com isso garantir o direito fundamental consagrado no art. 38º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Devido a uma população cada vez mais consumista, principalmente pela maior acessibilidade, os litígios entre consumidores e empresas também aumentaram.

Os procedimentos de RAL devem ser efetuados por uma entidade de RAL, que tem de ser imparcial e independente, nos termos da diretiva[4]. Os Estados-Membros têm de assegurar o acesso às entidades de RAL e garantir que seguem os requisitos impostos na diretiva, precisamente no seu artigo 5º. A criação destas entidades é essencial para a consolidação da confiança mútua e para o bom funcionamento do mercado interno, especialmente em sede de comércio eletrónico[5].

De modo a garantir o acesso à justiça pelos motivos que vimos *a priori*, a RAL é um meio extrajudicial capaz de resolver litígios transfronteiriços de uma maneira mais *simples rápida e pouco onerosa*[6]. Esta diretiva invoca a mediação, conciliação e a arbitragem como procedimentos de RAL.

A evolução tecnológica contribui para o crescimento do comércio eletrónico (Gonçalves 2022: p.68), ampliando a necessidade de mecanismos rápidos, eficazes e acessíveis de resolução de litígios online. Em resposta, foi necessário configurar uma infraestrutura RAL mais eficaz, simples, rápida e menos onerosa (Gonçalves 2022: p.66), no seio da justiça eletrónica, conduzindo à criação do Regulamento 524/2013, que introduziu uma plataforma digital de resolução de litígios em linha (RLL), também conhecida por *Online Dispute Resolution* (ODR). Esta plataforma conecta consumidores e empresas às entidades de RAL que oferecem os procedimentos mais adequados e qualificados[7].

[4] Para mais informação e esclarecimento, ver os arts. 4º, nº 3 e 5º da Diretiva 2013/11/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013 sobre a resolução alternativa de litígios de consumo, que altera o Regulamento (CE) nº 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Diretiva RAL).

[5] Cfr. Considerando 15 da Diretiva 2013/11/EU.

[6] Ibid. Considerando 5.

[7] Cfr. Considerando 12 da Diretiva 2013/11/EU.

O acesso à justiça é um direito fundamental, que devido a diversos obstáculos, não é possível para muitos cidadãos. Deste modo, a RAL é importante para as partes alcançarem justiça, mesmo que não seja por meio do sistema tradicional judicial. É neste sentido, que passamos para o capítulo seguinte, com a introdução do princípio geral de tutela jurisdicional efetiva como pilar para a justiça na Europa.

## 3. A tutela jurisdicional efetiva

A tutela jurisdicional efetiva é um princípio geral do direito da UE consagrado no artigo 19º, nº 1 e 2º do Tratado da União Europeia (TUE) e reafirmado como direito fundamental no artigo 47º da CDFUE[8]. Configura uma sucessão de direitos que garantem o equilíbrio entre o cumprimento uniforme do direito da união europeia e os direitos subjetivos e legítimos, através de atividade judicial, assegurando que todos os cidadãos europeus tenham acesso a justiça efetiva (Proença 2016: p.49).

O princípio da tutela jurisdicional efetiva nasce do processo jurisprudencial proveniente do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), como se encontra explanado em acordãos como *Bickel e Franz* de 24 de novembro de 1998 (processo C-274/96); LM e Associação Sindical dos Juízes Portugueses, entre outros.

A referida sucessão de direitos ou de dimensões[9] inclui o direito à ação, o direito de defesa, o direito de um julgamento justo e equitativo e na obtenção célere de uma decisão e o direito de acesso à justiça por razões de carência económica

O direito à ação, dando mais enfase para o trabalho em causa, refere-se essencial ao direito de aceder ao Direito e aos tribunais da UE, ou seja, o direito à justiça pela via judicial. Resulta na possibilidade de particulares e Estados-

[8] No Acordão do Tribunal de Justiça de 13 de março de 2007, Unibet v. Justitiekanslern. (Processo C-49/16) reafirma-se o princípio geral à tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental.

[9] Termo também usado em Abreu (2013), p.4.

Membros socorrerem-se dos meios processuais para salvaguardar os seus direitos (Proença 2016: p.53).

Esta sucessão de direitos, enquadrados no princípio da tutela jurisdicional efetiva, vai de encontro com a sua própria génese de integração europeia, promovendo uma harmonização entre os Estados-membros, assegurando os direitos e garantias dos cidadãos através da via judicial e garantindo o seu acesso à justiça.

A tutela jurisdicional efetiva está acoplada ao princípio geral da autonomia processual dos Estados-membros, conferido no art. 19º, nº 1 do TUE que é corroborado pelo princípio da equivalência e o princípio da efetividade.

A proteção jurídica efetiva envolve vários domínios, mas é precisamente fruto das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros. Deste modo, é natural consagrar este princípio também como um direito fundamental, pois o acesso aos órgãos jurisdicionais é essencial num sistema jurídico. O cidadão que veja os seus direitos garantidos pelo direito da União Europeia e, também pelo direito interno, violados, tem de ter direito de ação perante um órgão jurisdicional. *Os princípios gerais são comuns aos direitos dos Estados-Membros*[10] e, por tal, resultam das fontes constitucionais, daí que este princípio nasce da integração europeia (Abreu 2013) e por tal constrói-se das ordens jurídicas dos Estados-membros.

### 3.1. Garantia ao acesso aos tribunais

Em sede de matéria, a tutela jurisdicional efetiva abarca vários direitos, como está referido anteriormente. Neste sentido, o cidadão tem de ter proteção nos órgãos jurisdicionais em caso de violação dos seus direitos consagrados pela ordem jurídica europeia. Assim, tem de ter acesso ao sistema judicial de forma efetiva, porém existem obstáculos e, por tal, a ordem jurídica também tem de se mutar aos desafios contemporâneos e abarcar as várias possibilidades do cidadão não poder recorrer à ordem jurisdicional.

[10] Cfr. Art. 340º do TFUE.

O direito à ação permite ao cidadão de poder usar o sistema judicial para resolver litígios que violem os seus direitos. De tal forma, obriga os Estados Membros a asseguram as vias judicias capazes de garantir a resolução de litígios.

Este direito acaba por incluir o direito à defesa e o direito a um julgamento efetivo, equitativo e a um prazo razoável. Assim, o acesso à justiça é essencial para complementar a razão de se usar a RAL como mecanismo para assegurar o acesso à justiça.

## 4. Caso C-317/08 a C-320/08 (Alassini e outros)

O acórdão C-317/08 a 320/08, proferido pelo TJUE a 18 de março de 2010, trata da compatibilidade da tentativa obrigatória de conciliação extrajudicial com o direito à tutela jurisdicional efetiva, previsto no art. 47º da CDFUE.

O caso em apreço, envolvia um litígio entre consumidores e prestadores de serviços de telecomunicações, devido ao incumprimento do contrato de prestação de serviços telefónicos celebrado. As sociedades prestadoras de serviços (demandadas), por sua vez, alegaram que as demandantes não requereram previamente a tentativa de conciliação obrigatória, como é requerido pela lei nacional italiana[11]. A legislação italiana dá competência à Autoridade para as Garantias nas Telecomunicações para conduzir os procedimentos de RAL entre utilizadores e prestadoras de serviçõe de telecomunicações, quando está em causa o incumprimento de disposições acerca do serviço universal e aos direitos dos utilizadores[12]. Esta autoridade, por sua vez, a partir dos artigos

[11] Lei nº 249 de 31de julho de 1997: diz que a Autoridade para as garantias nas telecomunicações é competente para dirimir litígios ente utilizadores e prestadoras de serviçõe de telecomunicações quando está em causa o incumprimento de disposições acerca do serviço universal e aos direitos dos utilizadores. Esta autoridade por sua vez, a partir da deliberação nº 173/07/CONS, procedeu à regulamentação dos procedimentos de RAL entre prestadores de serviços de telecomunicações e utilizadores finais.

[12] Conclusões da Avogada-Geral Julane Kokott, apresentada em 19 de novembro de 2009 - Processos apensos C-317/08 a C-320/08.

3º e 13º da Deliberação nº 173/07/CONS[13], suscitaram a inadmissibilidade das ações propostas pela falta de requerimento prévio da tentativa de conciliação.

Em detrimento do acordão, o TJUE decidiu que a exigência de uma tentativa obrigatória de RAL, como condição prévia para iniciar uma ação judicial, não viola o princípio da tutela jurisdicional efetiva, desde que respeite requisitos, como os critérios dos procedimentos da RAL, de acordo com o artigo 34º da Diretiva 2002/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002. Esta diretiva obriga os Estados-Membros a disponibilizar procedimentos extrajudiciais transparentes e simples que resolvam os litígios com celeridade e equitatividade, mas não impede os Estados-Membros de introduzirem procedimentos extrajudiciais obrigatórios.

A decisão concluiu que a legislação italiana estava de acordo com o princípio da equivalência, pois tratava de forma uniforme os litígios baseados no direito da União Europeia ou nacional. Tendo em conta que a RAL é célere e pouco dispendiosa, alcança os objetivos do interesse geral e simultaneamente conduz ao descongestionamento dos tribunais e, por tal, serve o propósito do princípio da efetividade. Tendo o resto em análise, o TJUE também concluiu que o acesso posterior aos tribunais é assegurado pela legislação nacional, apenas está limitado por um prazo de 30 dias. Além disso, o direito dos utilizadores também não está em perigo, uma vez que os prazos de prescrição suspendem durante a pendencia da tentativa de conciliação.

[13] Artigo 3º: *Nos litígios previstos no artigo 2º, nº 1, a ação judicial é inadmissível enquanto não tiver sido efetuada a tentativa obrigatória de conciliação perante a Comissão Regional para as Comunicações territorialmente competente, com competência delegada para o exercício da função de conciliação, ou perante os órgãos de resolução extrajudicial de litígios previstos no artigo 13º. Se a Comissão Regional territorialmente competente não for titular da competência delegada prevista no parágrafo anterior, a tentativa obrigatória de conciliação deve ser efetuada perante os órgãos previstos no artigo 13º. O prazo para a conclusão do processo de conciliação é de trinta dias a partir da data de apresentação do pedido; terminado este prazo, as partes podem propor uma ação judicial mesmo que o processo não esteja concluído*.

Artigo 13º: *1. Em alternativa ao processo de conciliação perante a Comissão Regional, os interessados têm a faculdade de requerer a tentativa obrigatória de conciliação, também por via telemática, perante os órgãos de resolução extrajudicial de litígios de consumo, previstos no artigo 1º, alínea o), do presente regulamento*.

Tendo em conta os pressupostos verificados, o TJUE retira que não existe uma violação ao princípio e direito da tutela jurisdicional efetiva.

## 5. O papel da RAL na complementação da tutela jurisdicional efetiva

A RAL assegura o acesso à justiça, intrínseco à essência da tutela jurisdicional efetiva. O cidadão tem de ter direito ao seu litígio de ser processado por meio de um julgamento justo e célere.

Assim, litígios transfronteiriços por razões dispendiosas e por razões de morosidade não podem ser condicionados à sua não resolução, assegurando que as partes tenham a possibilidade de resolver o seu litígio.

Em algumas legislações de Estados-Membros, para determinados domínios, preveem o recurso à RAL antes do acesso aos tribunais, tomando um caracter pré-judicial. Por norma, esta resolução alterativa previa, de caracter obrigatório, condiciona um limite ao acesso aos tribunais. Neste contexto, estaria aqui em causa o direito fundamental do artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e o artigo 47º da CDFUE, que corresponde, como analisado anteriormente, ao direito à tutela jurisdicional efetiva (UE 2002: pp.26-27). Neste sentido, podemos averiguar alguns conflitos quando envolve a RAL, visto que se trata de um meio extrajudicial.

Neste âmbito, a RAL não funciona dentro do sistema judicial, mas o direito à tutela jurisdicional efetiva configura a garantia de acesso aos tribunais. Deste modo, a RAL quando não for solicitada, ou quando não se conclui o acordo ou houver desistência do meio extrajudicial, deve ser assegurada o seu retorno ao sistema judicial tradicional.

A questão que se envolve é quando a RAL, especialmente a mediação, é configurada como um meio pré-judicial, ou seja, quando é obrigatória antes de se saltar para o tribunal, tal como a conciliação (CPC). Ou como um meio extrajudicial obrigatório, onde as partes, em determinados domínios, são obrigadas a resolver através da mediação, antes de poderem aceder ao sistema judicial. É neste sentido, que deve ser sempre assegurado o acesso aos tribunais, tendo em conta que a RAL tem no seu corpo a voluntariedade. A

questão envolve não só a falta de voluntariedade, que acaba por obstruir o caracter da RAL como também é limitado o acesso aos tribunais, sendo este um direito fundamental do cidadão.

## 6. Considerações finais

O mecanismo de Resolução Alternativa de Litígios e a tutela jurisdicional efetiva representam a potencialidade e o avanço no acesso à justiça dentro da União Europeia.

Os procedimentos alternativos, particularmente a mediação, destacam-se pela sua eficiência, celeridade, economicidade e abordagem conciliadora, complementando o sistema judicial tradicional. O acesso à justiça é fundamental em qualquer comunidade e é o direito que também tem de ser assegurado pelo próprio sistema judicial, neste sentido, a RAL é um meio alternativo e complementar que auxilia nas falhas presentes em tribunais.

A análise jurisprudencial, demonstra a coexistência entre RAL e o direito à tutela jurisdicional efetiva, desde que respeitados os pressupostos evidenciados. Ainda que alguns Estados-Membros a RAL tenha um caracter obrigatório pré-judicial, a garantia de acesso posterior ao tribunal tem de ser assegurada. De tal forma, que a RAL não é um substituto, pois o acesso à justiça passa pelo acesso ao tribunal *a quo* e *ad quem.*

Em conclusão, a RAL potencializa a efetividade do acesso à justiça, sempre que alinhada ao princípio geral e direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Os meios alternativos permitem superar obstáculos, garantindo aos cidadãos europeus uma alternativa acessível para a resolução dos seus litígios.

No âmbito da X edição do Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro subordinado ao tema *Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Políticas públicas*, coorganizado pela UMinho e a UNISC, é importante destacar a discussão ocorrida no final das apresentações dos alunos, no dia 9 de maio de 2025.

A RAL –seja por meio da mediação, conciliação ou arbitragem– caracteriza-se fundamentalmente pela voluntariedade. Essa característica não distingue

apenas a RAL do sistema judicial tradicional, como também sustenta um dos seus objetivos centrais, que é a consolidação de soluções apaziguadoras e conciliadoras.

Contudo, conforme analisado ao longo deste trabalho, a imposição de um carácter obrigatório a um meio da RAL pode comprometer esse princípio elementar. Surge, então um paradoxo entre a voluntariedade e a obrigatoriedade. A mediação, pode ser obrigatória como um meio prejudicial, antes do acesso ao sistema judicial. Todavia, essa obrigatoriedade é meramente processual e não afasta completamente a essência voluntária: as partes não são obrigadas a permanecer no processo de mediação, nem tampouco a chegar a um acordo.

Nesse contexto, o TJUE reconheceu que não há violação à tutela jurisdicional efetiva, desde que seja garantido o retorno ao sistema judicial caso o meio prejudicial não atinja a sua finalidade, seja por desistência ou pela ausência de acordo. Portanto, a mediação obrigatória não representa uma obrigação absoluta, mas uma exigência formal anterior ao ajuizamento da ação, mantendo-se, assim a voluntariedade substancial, onde as partes preservam o poder de desistir ou de decidir livremente os termos de um eventual acordo.

Reconhece-se, no entanto, que o valor simbólico da voluntariedade pode ser relativizado quando o procedimento é imposto de forma prévia. Ainda assim, isso não descaracteriza completamente o meio como parte da RAL. Se toda a voluntariedade fosse anulada, inclusive a substancial, estaríamos diante de um verdadeiro procedimento judicial, e não de um meio extrajudicial.

Esse paradoxo entre a obrigatoriedade processual e a voluntariedade substancial foi uma questão presente na análise desenvolvida ao longo do trabalho e também um dos principais temas debatidos durante a apresentação deste trabalho no seminário.

Outra questão dizia respeito à justiça alcançada por meio da RAL em comparação ao sistema tradicional. É importante reforçar que a RAL não aparece como substituta ao sistema judicial, nem muito menos como adversária, mas sim alternativa ou complementar. A RAL não oferece, necessariamente, uma *justiça melhor*, mas sim um acesso mais simplificado e célere à justiça,

sobretudo em áreas específicas como o direito do consumo. Por outro lado, há campos em que a aplicação da RAL deve ser feita com cautela, como na mediação penal, cuja adequação depende do tipo de crime envolvido.

Assim, a RAL deve ser compreendida como o que próprio nome sugere: um meio alternativo de litígios. Ela não pretende substituir o judicial, mas sim ampliar o acesso à justiça, especialmente para aqueles que, por questões económicas, procedimentais ou de tempo, não conseguem aceder ao sistema judicial tradicional de maneira mais eficaz. A RAL, portanto, não cria uma justiça *mais justa*, mas contribuí para tornar o sistema mais acessível, célere e apaziguador.

## 7. Referências


Abreu, Joana Covelo de (2013). Interpretação e tradução em processo penal e a observância do princípio da tutela jurisdicional efetiva. *Conferência internacional: interpretação e tradução jurídicas no contexto da UE: perspetivas e desafíos.* Braga.

Gonçalves de Melo Marinho, Carlos Manuel (2022). Os meios alternativos de resolução de litígios online na União Europeia. Em: Covelo de Abreu, Joana; Coelho, Larissa; Cabral, Tiago Sérgio (coord.). *O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça eletrónica europeia (e-justice).* Braga: Pensamento Sábio - Associação Para O Conhecimento e Inovação. Vol.III, pp.49-71.

Martinello, Barbara; et al (2024). O mercado interno: princípio gerais. *Fichas Temáticas sobre a União Europeia.* Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/33/o-mercado-interno-principios-gerais.

Mateus, Cristiane Mara (2021). *Mediação Digital. A expansão dos modelos ODR (Online Dispute Resolution) nos sistemas privados de Resolução Alternativa de Litígios*. Dissertação de Mestrado. Lisboa: Faculdade de Direito - Universidade Nova de Lisboa. https://run.unl.pt/bitstream/10362/153326/1/Mateus_2022.pdf.

Preto, Ana Cristina Castro Felgueiras (2014). *A (in)existência de Apoio Judiciário na Arbitragem Administrativa: o Direito de Acesso à Tutela Jurisdicional Efetiva?*

Dissertação de Mestrado. Braga: Escola de Direito - Universidade do Minho. Disponível em: https://hdl.handle.net/1822/38560.

Proença, Carlos Carranho (2016). *Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia. Dimensões teoréticas e práticas*. Tese de Doutoramento. Coimbra: Faculdade de Direito - Universidade de Coimbra. Disponível em: https://hdl.handle.net/10316/26659.

União Europeia - UE (2002). Comissão Europeia. *Livro verde sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial*. 19 de abril de 2002. COM (2002) 196 final.

União Europeia - UE (2009). Parlamento Europeu. Regulamento (UE) 524/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que altera o Regulamento (CE) n. o 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE (Regulamento RLL). Disponivel em: http://data.europa.eu/eli/reg/2013/524/oj

Viana, Fernando Manuel Martins (2015). *A resolução alternativa de litígios e as tecnologias de informação e comunicação - O caso particular da resolução de conflitos na Internet em Portugal e na UE*. Dissertação de mestrado. Braga: Escola de Direito - Universidade do Minho. https://hdl.handle.net/1822/41173.

# A EXPLORAÇÃO DE CONTEÚDO PORNOGRÁFICO NÃO CONSENTIDO: UMA ANÁLISE ÉTICA, JURÍDICA E CONCORRENCIAL

Mariana Ferreira Vaz da Silva Coelho[1]

## 1. Introdução

O espaço digital é hoje o mais utilizado por todo o mundo para comunicar e partilhar conteúdo. Contudo, este espaço tem acompanhado as sucessivas mudanças políticas e sociais, tendo-se verificado uma transmutação do ambiente no mesmo. Mark Zuckerberg, em janeiro deste ano, anunciou uma mudança nas regras da rede social Facebook (nos Estados Unidos da América (EUA), pelo menos numa primeira fase), partilhando a esse propósito um vídeo na sua conta de instagram, em que dizia *the recent elections*[2] *also feel like a cultural tipping point towards once again prioritizing free speech* (Zuckerberg 2025).

Já em 2022, aquando da sua aquisição da rede social Twitter (que depois da aquisição passou a chamar-se X), Elon Musk discorria sobre a necessidade de restabelecer um ambiente de liberdade online. O problema surge quando a tal liberdade pretendida coloca em causa os direitos fundamentais de todos os cidadãos, em especial dos grupos mais vulneráveis. Ao longo deste trabalho, explora-se a vulnerabilidade das mulheres no espaço digital, no que concerne crimes sexuais, em específico, o abuso sexual baseado em imagens (ASBI), o

[1] Mestranda em Direito da União Europeia, Universidade do Minho (Braga, Portugal).

[2] Em causa estão as eleições presidenciais norte-americanas de 2024, em que Donald Trump foi eleito presidente.

papel das plataformas digitais na mitigação dessa vulnerabilidade e o impacto que o ASBI tem a nível jurídico e concorrencial.

### 1.2. Considerações terminológicas

A primeira questão a esclarecer prende-se com a terminologia a ser adotada. Ainda que historicamente o termo mais utilizado seja o de *revenge porn*, ou pornografia vingança, não parece hoje ser este o mais correto, por uma miríade de razões. De acordo com Lonardo, Marthland e White (2016), *revenge pornography* refere-se à postagem e disseminação de conteúdo de cariz sexual e não consentido, com o objetivo primário de envergonhar, humilhar e assustar determinada pessoa ou causar-lhe qualquer tipo de dano. A verdade é que, atualmente, não só nem todos os perpetradores são movidos pela vingança, como nem todo o conteúdo se enquadra necessariamente na categoria de pornografia (Franks 2015). Para além disso, a ideia de vingança perpetua estereótipos machistas, de que existiu uma qualquer atitude ou comportamento da vítima merecedor de retaliação (Rigotti; McGlynn; Benning 2024: p.2). Surge assim toda uma miríade de novas motivações e de novos modos de violação dos direitos das vítimas, tornando-se por isso essencial tentar encontrar um termo mais abrangente e adequado às necessidades da época.

De entre todas as alternativas propostas, parece o termo *abuso sexual baseado em imagens* (*Image Based Sexual Abuse*) ser o mais abrangente, por incluir todas as formas de criação, captação ou partilha não consensual de imagens[3] com conteúdo íntimo ou sexualmente explícito[4], incluindo as que sejam digitalmente alteradas, bem como a ameaça de distribuição desse material (Rigotti e McGlynn 2022). A expressão ABSI funciona assim como um *umbrela term*, divergindo a doutrina quanto às condutas que nele encaixam.

Mas a verdade é que, ainda que a escolha terminológica deva ser ponderada, por influenciar a sensibilidade social e a adoção de soluções e medidas, mais do

[3] O termo imagem reporta-se à representação de algo ou alguém (Infopédia: Dicionários Porto Editora, s.d.), sendo amplo o suficiente para abranger diversos formatos de conteúdo de cariz sexualmente explícito, desde fotografias, vídeos, etc. (Sepec 2019).

[4] Quanto às diferentes interpretações da abrangência deste conceito em diversos ordenamentos jurídicos, *vide:* Sepec 2019, pp.11-13.

que o termo em si, releva a definição e a concretização das condutas que deverão ser alvo de punição. Basta olhar, por um lado, ao quão amplamente o termo *revenge pornography* é ainda hoje utilizado no discurso público e académico, e por outro, ao facto de a legislação europeia preferir não utilizar uma terminologia específica[5], pelo menos à data.

## 2. A violência de género no espaço digital e o papel das plataformas digitais

Em 2021, as Nações Unidas lançaram uma publicação na qual denunciavam a fragilização da situação relativa aos direitos das mulheres com a pandemia do Covid-19, chamando particular atenção para a violência doméstica e a violência online. Nessa mesma publicação, apelavam a uma atuação legislativa por parte das instituições europeias, a nível de prevenção, mas principalmente de criminalização e punição e de acompanhamento das vítimas (UN Women 2021).

Contudo, é também essencial entender qual o papel das empresas responsáveis pelas plataformas digitais, pelo conteúdo que nelas é permitido e pelo comportamento dos seus utilizadores.

A definição de plataforma digital convoca conceitos e conhecimentos de diversas áreas de conhecimento. Tartleton Gillespie define plataformas digitais como sites e serviços que hospedam, organizam e facilitam a circulação de conteúdo criado e partilhado pelos utilizadores ou interações sociais em seu benefício; sem terem produzido ou comissionado a maioria desse conteúdo; construídos com base numa infraestrutura que, por detrás da circulação de informação, processa dados para oferecer serviços ao cliente, publicidade e gerar lucro (Gillespie 2018: p.18).

A definição, à luz da lei europeia, não aparenta divergir muito do conceito apresentado: numa análise conjunta entre o Regulamento dos Serviços Digitais (RSD), o Regulamento Mercados Digitais (RMD) e o Regulamento 2022/2065, as plataformas digitais são vistas como prestadoras de serviços intermediários, sendo classificadas quanto à sua funcionalidade e ao seu alcance. Dentro deste

[5] A lei europeia, em particular a nova Diretiva 2024/1385, relativa ao combate à violência contra mulheres e à violência doméstica, refere-se apenas à *partilha não consensual de material íntimo ou manipulado*, ficando de fora uma série de comportamentos abrangidos pelo termo abuso sexual baseado em imagens.

conceito cabem uma miríade de plataformas por todos conhecidos: redes sociais, websites destinados à partilha de imagens, fóruns de debate, aplicações de encontros, websites de conhecimento colaborativo, lojas de aplicações e websites de partilha de vídeo em direto. (Flew; Martin; Suzor 2019: p.37).

Ainda que exista a nível europeu, como será analisado de seguida, legislação relevante em termos de obrigações impostas a plataformas digitais em matéria de conteúdo ilegal, as mesmas continuam a ter diretrizes próprias, dependendo de determinadas *guidelines* ou termos de serviço para regular o comportamento dos seus utilizadores. E, se estes códigos de conduta caminham muitas vezes lado a lado com a legislação de cada país, a verdade é que são diretrizes privadas, e que podem assim divergir quer de país para país, quer de plataforma para plataforma. (De Streel; Defreyne; Jacquemin; Ledger; Michel 2020: p.43). Mas, ainda que variáveis, estas diretrizes servem um propósito central: a moderação de conteúdo. E a verdade é que, ainda que a internet seja um espaço de liberdade, as plataformas, independentemente da sua dimensão, têm de moderar conteúdo- quer para proteger uns utilizadores dos outros, em especial quando em causa estejam grupos mais vulneráveis a ataques, quer para cuidar da sua própria imagem. (Gillespie 2018: p.5). À sua definição de plataforma digital já apresentada e analisada, Gillespie acrescenta assim um outro elemento: a moderação de conteúdo, com base numa qualquer logística de deteção, análise e garantia de aplicação. (Gillespie 2018: p.21).

O momento histórico, temporal e o território em que determinada plataforma se enquadra e atua tem um grande impacto nas regras por si adotadas. Assim, o problema coloca-se quando a discrepância entre as regras adotadas pelas plataformas evidenciam grandes discrepâncias. Segue-se uma análise comparativa, ainda que marcadamente breve, entre os termos e condições de duas redes sociais utilizadas a nível mundial por milhões de utilizadores: X e TikTok.

Olhando para os Termos de Serviço da rede social X[6], em específico os que se encontram em vigor dentro do território da União Europeia (UE), nos estados da

[6] Antigamente denominada de Twitter.

Associação Europeia do Comércio Livre (EFTA) e no Reino Unido desde 15 de novembro de 2024, são várias as menções a uma total responsabilidade do usuário, nomeadamente: *Não podemos monitorar ou controlar o conteúdo postado através dos serviços, e não podemos nos responsabilizar por tal conteúdo.* Contudo, estes termos mencionam também que a plataforma se reserva *o direito de remover o conteúdo que viole o acordo do usuário, incluindo, por exemplo, (…) conduta ilegal ou assédio*. Indo mais a fundo, às regras e políticas em matéria de *Segurança e crimes cibernéticos*, verifica-se que o X possui uma política autónoma *relacionada com a nudez não consensual*.

Segundo esta política, consubstancia uma violação das regras impostas pelo X aos seus utilizadores a publicação ou compartilhamento de imagens ou vídeos explícitos que tenham sido produzidos, pareçam ter sido produzidos ou tenham sido compartilhados sem o consentimento das pessoas envolvidas, seguindo-se uma lista meramente exemplificativa de comportamentos que se podem enquadrar nesta previsão. *A contrario*, conteúdo pornográfico e adulto produzido consensualmente é permitido. Esta política parece apresentar regras claras quanto à possibilidade e processo de recorrer à denúncia do conteúdo lesivo. Contudo, no que concerne ao processo de tomada de decisão da adoção da medida corretiva, o website da rede social menciona que *o contexto é importante*, podendo ser tomados em consideração inúmeros fatores.

Olhando agora para os termos de serviço da rede social TikTok[7], ainda que se mencione que, por não ser o criador da maior parte do conteúdo disponível na aplicação:

> *(…) o TikTok não pode prometer, nem promete, que qualquer conteúdo gerado por utilizadores que se encontre na plataforma: (…); seja legal; (…)* [e que] *o utilizador é responsável pelo conteúdo que disponibiliza na Plataforma.*

Verifica-se uma tónica menos assente na responsabilização do utilizador pelo conteúdo que disponibiliza, mas também que consome. Também nas *Diretrizes da Comunidade* se encontra uma secção específica para o abuso sexual e físico,

[7] Aplicáveis no Espaço Económico Europeu, Suíça e Reino Unido desde Novembro de 2024.

quer contra jovens, quer contra adultos. Estas diretrizes aparentam ser mais acessíveis para os utilizadores, definindo claramente as condutas proibidas, apresentando uma lista de definições relevantes (como o que se entende por partes íntimas e por ASBI) e encaminhando o utilizador para o *centro de segurança*, que possibilita a denúncia do conteúdo lesivo. Neste website, não só é disponibilizada uma descrição de como denunciar o conteúdo, mas também de recursos adicionais úteis para as vítimas. Ainda que exista novamente uma página destinada à fiscalização das diretrizes, bem como uma central de transparência, ainda se verifica alguma opacidade quanto à tomada de decisão de retirada do conteúdo. É ainda de notar que o TikTok, ao contrário do X, não permite a disseminação de conteúdo pornográfico.

Olhando apenas para estes dois exemplos, é clara a diferença entre as diretrizes do X e as do TikTok: ainda que ambas proíbam, em texto, a partilha de conteúdos sexuais ou pornográficos não consentidos, a política da primeira rede social é não só muito mais permissiva, ao possibilitar a partilha de conteúdo sexual consentido, como menos garantística, colocando uma grande tónica na responsabilidade do utilizador, e apresentando uma grande opacidade no que concerne aos processos de análise de denúncias. Numa perspetiva meramente ética, é essencial compreender os riscos inerentes à circulação de conteúdo pornográfico em redes sociais de utilização generalizada: ainda que apenas se permita a publicação de conteúdo pornográfico obtido com o consentimento de todas as partes envolvidas, é marcadamente difícil, quando não mesmo impossível, determinar a existência e a licitude desse consentimento até um momento posterior, sendo que a mera disseminação do conteúdo, mesmo que por curtos espaços temporais, é o suficiente para causar danos irreparáveis à vítima.

## 3. Riscos para a concorrência no mercado interno

E, se as implicações éticas são claras, não se esgotam nesse domínio. É verdade que as plataformas digitais devem ter liberdade na sua atuação, nomeadamente no que concerne a escolha das suas políticas e termos de utilização. Verdade é também que uma política mais flexível, que dê preferência

à liberdade de expressão dos utilizadores, desde que dentro dos limites legais, não se parece encaixar em nenhuma previsão legal proibitiva, pelo menos a nível europeu. É contudo essencial, face à alteração do contexto político e social que se tem vindo a verificar há alguns anos, mas que parece hoje ser uma realidade assente, entender como a escolha destas políticas poderá afetar a concorrência e o mercado interno na UE, de modo a poder prever problemas que possam vir a surgir e agir preventivamente.

Olhando à política europeia em matéria de concorrência[8], esta assenta no quadro legislativo comunitário instituído na sua maioria pelos artigos 101º a 109º Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), e serve como mecanismo de proteção e dinamização do mercado interno. Mas a defesa de tal mercado não se justifica apenas por razões económicas: uma política concorrencial ponderada e adequada às necessidades do tempo e espaço presentes garante decisões económicas racionais e esclarecidas, promovendo uma economia saudável e baseada em valores europeus. A política concorrencial terá por isso inevitavelmente de evoluir em paralelo com as alterações sociais, visando sempre garantir condições justas e equitativas para as empresas, zelando pela máxima igualdade de oportunidades no mercado interno, bem como pela possibilidade de escolha livre e informada dos cidadãos.

Sabendo que a angariação de utilizadores é um dos fatores dos quais as plataformas, principalmente as redes sociais, dependem para gerar lucro e manter a sua posição no mercado[9], plataformas como o X, com termos de utilização e diretrizes mais flexíveis, conseguem angariar utilizadores com maior facilidade e num menor espaço temporal, atingindo um maior número e variedade de grupos sociais. Por outro lado, políticas mais flexíveis possibilitam um menor investimento em mecanismos de controlo, moderação e fiscalização de conteúdo, o que representa uma vantagem económica e operacional em detrimento da preservação dos valores sociais e da garantia dos direitos dos utilizadores.

[8] E dispensando discursões sobre as suas raízes, recomendando-se a esse propósito (Vilaça 2008).

[9] Implícito fica que esta dependência será, à partida, menor quanto maior for a posição da plataforma no mercado e o lucro por si gerado.

A verdade é que, quando as plataformas digitais adotam políticas demasiado flexíveis, não só em matéria de ASBI, como nos mais diversos domínios de garantia de direitos dos mais variados grupos sociais, o mercado (digital, *in casu*) como um todo pode ser gravemente afetado- se a sua subsistência depende do utilizador, é importante manter com o mesmo uma relação de respeito, garantia de direitos e transparência, e a disseminação deste tipo de conteúdo contribui para um sentimento de desconfiança. É também necessário mencionar que, ainda que a opção por uma política regulatória mais flexível e permissiva não seja, *per si*, um comportamento restritivo da concorrência, a dimensão de determinadas plataformas, como as mencionadas acima, coloca-as numa posição especial à luz da lei europeia, motivo pelo qual as obrigações a si impostas em prol da defesa da concorrência serão mais rígidas, e as consequências da violação de tais disposições mais gravosa.

## 4. A regulamentação europeia na mitigação deste problema

Face a esta nova revolução digital, e à posição que as plataformas online assumem no mundo atual[10], torna-se essencial para a UE intervir legislativamente na matéria.

É, primeiramente, de destacar a resposta legislativa da união à questão da ciberviolência de género em específico, sendo de destacar dois momentos.

A adesão da UE à convenção de Istambul foi um processo longo e controverso. Nos seus artigos 75º e 76º, prevê-se claramente a possibilidade de adesão dos Estados Membros (EM) da união, o que foi sucessivamente apoiado em diversos momentos, quer através de resoluções do parlamento europeu[11], quer através do mapa elaborado pela Comissão em 2015 relativo a essa adesão[12]. Contudo,

[10] A Oxford Economics estima que o valor do mercado digital seja de cerca de 15,5% do PIB total do mundo, ou 11,5 triliões de doláres (USD) (Oxford Economics e Huawei 2017). Olhando às maiores empresas mundiais em 2023, por capitalização de mercado, quatro delas são do setor tecnológico: apple, Microsoft, Alphabet e Amazon. As quatro juntas estão valorizadas em cerca de 7480.61 biliões de dólares (USD) (Statista 2024).

[11] *Vide:* Parlamento Europeu 2014, pto.4; Parlamento Europeu 2015: pto.59; Parlamento Europeu 2016.

[12] Comissão Europeia 2015.

diversas questões levaram a Comissão a adiar a ratificação de tal convenção[13] até 2023, altura na qual a união acedeu à convenção de Istambul em todas as matérias que são da sua exclusiva competência[14]. Esta adesão, ainda que fragilizada pela limitação de competências da União em matéria criminal, representa não só um marco de significado político e simbólico, como um ponto de partida legislativo importante para a união e para os próprios EM, em matéria de prevenção da violência de género- em especial no combate ao ASBI (Rigotti; McGlynn; Benning 2024: p.8).

É também neste contexto de escalada da violência de género que é publicada em 2022 a proposta de diretiva relativa ao combate à violência de género e à violência doméstica. Esta proposta, reconhecendo a necessidade e a urgência de uma atuação coordenada[15], pretendia *combater eficazmente a violência contra as mulheres e a violência doméstica em toda a UE*, atuando em cinco domínios. De todos os objetivos desta diretiva, destaca-se para este artigo o combate à ciberviolência que, não sendo especificamente abordada na convenção de Istanbul, sofria de uma regulamentação *extremamente fragmentada, tendo sido identificadas lacunas jurídicas substantivas*. (Comissão Europeia 2022: p.4).

A adoção desta diretiva, que só veio dois anos mais tarde (2024), não foi de todo pacífica, devido às contestações de diversos EM. Ao abrigo do princípio das competências de atribuição, a atuação europeia demonstra-se ser tanto ambiciosa –por pretender a definição de standards mínimos a nível de criminalização em áreas muitas vezes controversas, incentivando uma certa harmonização da legislação dos diversos EM– como limitada- na medida em que

[13] Ainda que a Convenção tenha sido assinada em 2017, a Comissão adiou a ratificação por não ser possível obter acordo comum entre EM. O parlamento europeu optou assim, em 2019, por recorrer ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de modo a clarificar a base jurídica e o consequente processo de adesão e ratificação. Na sua decisão (Parecer 1/19 do Tribunal de Justiça (Grande Secção), 2021), o TJUE invocava os artigos 78º nº2, 82º nº2, 84º e 336º do TFUE, indicando apenas ser necessária uma maioria qualificada.

[14] Conselho Europeu 2023a; Conselho Europeu 2023b.

[15] No contexto da proposta, menciona-se que *a violência contra as mulheres e a violência doméstica estão generalizadas em toda a UE, estimando-se que afetem uma em cada três mulheres na UE* (Comissão Europeia 2022).

implica diversas e vastas cedências, para que tal harmonização seja possível (Rigotti e McGlynn 2022: p.2). Esta diretiva não apresenta o ABSI como uma categoria de violência de género autónoma. Pelo contrário, pretende apenas incentivar os EM a agirem em determinadas situações concretas, de modo a garantir uma atuação europeia que seja não só coordenada como também garantística dos direitos e interesses das vítimas.

Quanto à regulamentação da atividade das próprias plataformas, visto já que, ainda que a ideia de necessidade de moderação e regulamentação no espaço digital não seja por todos aceite[16], existe determinado nível de autorregulação por parte das próprias plataformas, percebe-se hoje que tal atuação não é suficiente, sendo por isso necessária uma regulamentação superior, que ultrapasse e procure combater as insuficiências das políticas adotadas pelas plataformas[17].

É neste contexto que surgem quer o RSD[18] como o RMD, que integram a estratégia digital europeia. Ainda que a tónica de ambos os regulamentos seja manifestamente distinta –estando o RSD focado na garantia de respeito pelos direitos e valores da união, combatendo a disseminação de conteúdo ilegal que os coloque em causa; e o RMD na saúde da concorrência no mercado digital– têm ambos como preocupação regulatória central as empresas e plataformas mais dominantes no mercado (Plataformas em linha de muito grande dimensão - PLGD e Motores de pesquisa em linha de muito grande dimensão - MPLGD, na designação do RSD, e *gatekeepers*, ou controladores de acesso, nos termos

[16] Até porque, como indica Gillespie (2018: p.7), as plataformas são bastante vocais quanto à quantidade de conteúdo que disponibilizam, mas preferem manter quieta a quantidade que removem, preferindo caracterizar-se enquanto abertas, imparciais e não intervencionistas.

[17] A UE foi pioneira em tais esforços, tendo adotado uma posição de reconhecimento de perigos. Já o diziam Flew, Martin e Suzor (2019): *In Europe, in particular, regulators have taken an increasingly activist stance towards the digital platforms companies*.

[18] Para uma análise mais aprofundada sobre o RSD, vide: Froufe 2021.

do RMD[19]), e surgem para substituir a diretiva sobre o comércio eletrónico (DCE), que se demonstrava desadequada às necessidades atuais[20].

O RSD impõe diversas obrigações às plataformas digitais, variáveis consoante a sua dimensão, de forma a permitir uma supervisão direta das mesmas. Desde já, este regulamento prevê um regime em que as plataformas só serão responsabilizadas pelo conteúdo de que tenham conhecimento, i.e., não deverão ser responsabilizadas pelo conteúdo produzido pelos seus utilizadores (Husovec, 2023, p. 909). Contudo, numa lógica de *accountability, not liability*[21], prevê uma série de *obrigações de devida diligência* no seu capítulo III, obrigações essas independentes de tal isenção de responsabilidade[22], pretendendo assegurar que as plataformas, ainda que não responsáveis pelo conteúdo dos seus utilizadores, assumam um papel na moderação de tal conteúdo. Este sistema não foi definido ao acaso: por um lado, permite uma maior proteção dos direitos das vítimas, assegurando que as plataformas tomem ações quando se verifiquem danos aos mesmos, numa perspetiva global e

[19] Segundo o RSD, as PLGM e os MPLGD são as que *têm um número médio mensal de destinatários ativos do serviço na União igual ou superior a 45 milhões* (art. 33º nº1). Segundo o RMD, os controladores de acesso são designados como tal de acordo com o disposto no seu artigo 3º, estando basicamente em causa plataformas cujo volume negocial e dimensão a nível de usuários as coloque numa posição tal que beneficiem de vantagens significativas em relação aos concorrentes de menor dimensão no mercado digital. A comissão europeia identificou 23 PLGD e 2 MPLGD: AliExpress, Amazon Store, AppStore, Bing, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Search, Google Shopping, Instagram, Linkedin, Pinterest, Pornhub, Shein, Snapchat, Stripchat, Temu, TikTok, Wikipedia, X, XNXX, XVideos, Youtube e Zalando (Conselho Europeu 2025). Em setembro de 2023, identificou ainda seis empresas consideradas como controladoras de acesso, que estariam obrigadas (até março de 2024) a cumprir as novas obrigações previstas no RMD: falamos da Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta e Microsoft. (Conselho Europeu, 2024). A ByteDance é a empresa-mãe dona do TikTok. Já a XCorp, dona da rede social X, encontra-se excluída da lista de empresas sujeitas ao RMD, após uma investigação levada a cabo pela Comissão. Para mais desenvolvimentos, *vide*: Comissão Europeia 2024.

[20] A adoção de nova legislação em substituição desta diretiva consubstancia novamente uma expressão da ideia de que a autorregulamentação das plataformas já não basta para responder aos perigos que as mesmas colocam aos cidadãos europeus (Skočir 2024: p.296).

[21] Para maiores desenvolvimentos, *vide:* Husovec 2023: pp.909-912.

[22] Como determina o considerando 41 do RSD: *as obrigações de devida diligência são independentes da questão da responsabilidade dos prestadores de serviços intermediários, pelo que essa questão deverá ser analisada separadamente*.

preventiva de novos danos; por outro, preserva o ambiente de liberdade que torna a internet tão apetecível. Deste modo, institui-se uma partilha de responsabilidade por todos os que atuam no espaço digital, funcionando o regulamento como *digital civil charter*, permeando todo o sistema jurídico e irradiando os direitos mínimos dos indivíduos no espaço digital (Husovec 2023: p.912)

Quanto à definição de conteúdo ilegal no RSD, esta levantou várias críticas, na medida em que o considerando 12 prevê que:

> *(…) o conceito de «conteúdos ilegais» deverá ser definido em sentido lato para abranger as informações relativas a conteúdos, produtos e serviços e atividades ilegais*.

A definição que consta do efetivo texto regulatório *–leia-se, artigo 3º g)–* entende conteúdo ilegal como quaisquer informações que não estejam em conformidade com o direito da união ou de qualquer um dos EM (desde que o direito desse EM esteja em conformidade com o da união).

Esta definição peca pela sua latitude, impondo um ónus às plataformas de analisar um largo volume de legislação para conseguir definir em concreto qual o conteúdo que deve ser classificado enquanto ilegal e por isso suprimido, problema esse exponenciado pela natureza internacional da atividade de grande parte destes agentes e pela fragmentação da legislação dos EM na matéria. A Diretiva 2024/1385 impõe a criminalização da partilha não consensual de material íntimo ou manipulado à luz das alíneas a) a c) do seu artigo 5º, que restringe a ilegalidade do comportamento a situações bastante específicas. Assim, é necessária uma maior abertura, de modo a permitir que se enquadrem novos tipos de comportamentos, e principalmente o ultrapassar da necessidade de demonstração de danos por parte das vítimas[23] (Rigotti: McGlynn; Benning 2024).

[23] Para que a Diretiva 2024/1385 fosse aprovada, as instituições europeias tiveram de proceder a diversas cedências. Deste modo, ao ficar legalmente prevista a necessidade de existência de danos, acaba por se impor um certo ónus para as vítimas de crimes de cyberstalking, assédio e partilha não consensual de material íntimo ou manipulado (Rigotti; McGlynn; Benning 2024: p.10).

Estabelecido já que as *obrigações de devida diligência* são tão mais rigorosas quanto maior seja a dimensão de dada plataforma, os artigos 11º a 16º estabelecem obrigações aplicáveis a toda e qualquer plataforma. Resumidamente, prevê-se a obrigação de estabelecer um ponto de contacto único, quer entre os prestadores de serviços[24] e os EM, a comissão e o comité, quer entre os prestadores de serviços e os destinatários de tal serviço, o que permite às vítimas contactarem com a plataforma de forma rápida, eliminando a principal dificuldade sentida- a de contactar os agentes que têm a capacidade de remover o conteúdo (11º e 12º).

O artigo 14º prevê, por sua vez, a obrigação de inclusão nos termos e condições de toda e qualquer informação relativa à moderação e restrição de conteúdo, de forma clara e acessível, sendo ainda obrigados, nos termos do artigo 15º, a apresentar anualmente relatórios relativos a tais atividades de moderação de conteúdos. Estas obrigações, ao incentivarem uma maior transparência, contribuem para uma maior consciencialização das vítimas quanto aos seus direitos. Já os artigos 16º a 18º são aplicáveis não só a prestadores de serviços de alojamento virtual, como também aos que se enquadrem nas seguintes secções do capítulo III, nomeadamente PLGD e MPLGD. Uma das principais obrigações previstas é a da criação de mecanismos de notificação e ação, de modo a permitir, de modo acessível e fundamentado, a notificação da plataforma quando em causa esteja conteúdo ilegal (16º).

Ainda que estes mecanismos consubstanciem um importante passo para alavancar a voz das vítimas no espaço digital, a ausência de distinção em função do conteúdo ilegal em causa poderá levar a alguma confusão e eventualmente à tomada de medidas desproporcionadas (Rigotti; McGlynn; Benning 2024: p.19). Os artigos 19º a 28º preveem obrigações adicionais aplicáveis aos fornecedores de plataformas em linha[25]. Destaca-se a introdução da figura dos

[24] Ou, de acordo com o artigo 13º, os seus representantes legais, caso o prestador de serviços não possua estabelecimento na UE mas preste aí serviços.

[25] Segundo o disposto na alínea i) do artigo 3º do regulamento em análise, *Plataforma em linha* consiste num *serviço de alojamento virtual que, a pedido de um destinatário do serviço, armazene e difunda informações ao público.* No capítulo II do seu relatório *An Introduction to Online Platforms and their Role in the Digital Transformation*, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE 2019)

*sinalizadores de confiança*[26], enquanto entidades com experiência na deteção de conteúdo ilegal que circule online. Devido ao seu papel e experiência, determina o artigo 22º que as notificações apresentadas por sinalizadores de confiança devem ser tratadas como prioritárias.

Contudo, olhando à lista de sinalizadores de confiança publicada pela Comissão Europeia (2025), verifica-se uma clara ausência de organizações de defesa dos direitos das mulheres e apoio às vítimas, o que parece legitimar a ideia de que esta figura surge apenas como modo de legitimação da eficácia dos modelos de moderação das próprias plataformas. (Rigotti; McGlynn; Benning 2024, p.19). A secção quinta, por fim, prevê as obrigações suplementares aplicáveis a PLGD e MPLGD. Os fornecedores de tais plataformas:

> *(…) identificam, analisam e avaliam diligentemente todos os riscos sistémicos na União decorrentes da conceção ou do funcionamento do seu serviço e dos seus sistemas relacionados (…)* [34º], [devendo também adotar] *medidas de atenuação razoáveis, proporcionadas e eficazes* [35º].

Em caso de crise, podem ainda ser obrigados a adotar medidas suplementares, nos termos do artigo 36º. Os artigos que se seguem (leia-se, 37º a 43º), preveem normas adicionais para garantia de transparência e conformidade com o direito e valores da união. Mencione-se desde já a não inclusão de *messaging apps*, i.e., de plataformas dedicadas à troca de mensagens, como o telegram[27], no elenco de PLGD, como uma das principais falhas desta secção.

Já o RMD, ainda que não tenha como foco combater a disseminação digital de conteúdos ilegais, ao proteger a concorrência leal entre os serviços digitais, não

---

apresentava como exemplos marketplaces, redes sociais, motores de pesquisa, sistemas de pagamento, etc.

[26] Este conceito surge mencionado pela primeira vez na Comunicação da Comissão Europeia (2017): *Combater os conteúdos ilegais em linha. Rumo a uma responsabilidade reforçada das plataformas em linha*, sendo que poderão ser sinalizadores de confiança entidades, mediante pedido, desde que preenchidas as condições do nº2 do artigo 22º RSD.

[27] O telegram tem um papel central na disseminação, amplificação e normalização de conteúdo pornográfico não consentido. Para mais desenvolvimentos, *vide*: Semezin e Bainotti 2020.

só estimula a inovação como garante que os consumidores terão acesso a serviços de maior qualidade, com compromisso na proteção dos seus direitos[28].

Cabe-nos, por fim, uma breve menção ao AI Act. Com uma abordagem baseada no risco, o Regulamento sobre Inteligência Artificial reconhece os riscos que estes sistemas colocam para os direitos fundamentais, surgindo a discriminação em função do género como preocupação levantada ao longo do documento[29]. Contudo, o ASBI não surge como preocupação autónoma, ainda que o problema das *deepfakes* sexuais, i.e., imagens de cariz sexual ou pornográfico criadas ou manipuladas pela inteligência artificial (IA), seja uma questão mais recorrente. Ainda que existam já disposições relativas a esta manipulação de conteúdo- o artigo 50º nº4 prevê um conjunto de obrigações ou requisitos aplicáveis a responsáveis pela implementação de sistemas de IA que giram ou manipulem conteúdos de imagem, áudio ou vídeo que constituam falsificação profunda- não se verifica a previsão de suficientes garantias para as vítimas.

Independentemente de todas as fragilidades dos diversos corpos legislativos analisados, a UE tem assumido uma posição pioneira na regulamentação do espaço digital, numa dupla lógica de inovação, sempre em respeito pelos direitos e valores nos quais a própria união assenta. Em combate a tais lacunas ou insuficiências, será talvez interessante uma aposta multidisciplinar, que mantenha o foco político e legislativo, numa perspetiva de melhoria constante, mas que aposte também em medidas alternativas, que não assentem apenas na imposição de obrigações a empresas, mas que pretendam, por um lado, incentivar as próprias a agir, e por outro, a consciencializar a sociedade em geral, combatendo o problema desde a sua raiz, influenciando as tendências de

[28] Para uma análise detalhada do RMD, *vide:* Akman 2021.

[29] Comece desde já por se mencionar que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2024) serve como padrão mínimo de proteção de direitos fundamentais, o que tem implicações no modo como se perceciona a IA a nível europeu. O considerando 27 indica que a *diversidade, não discriminação e equidade consubstanciam um dos «sete princípios éticos não vinculativos»* desenvolvidos pelo IA HLEG. A igualdade de género surge mencionada no considerando 48 enquanto dimensão especialmente relevante das repercussões negativas colocadas pelos sistemas de IA de alto risco. Também os considerandos 58 e 165 mencionam a importância de garantir a proteção das mulheres, enquanto grupo social vulnerável, no domínio da IA.

consumo de conteúdo, e dessa forma o próprio modelo de atuação das plataformas digitais.

## 5. Conclusão

Pela análise desenvolvida fica claro que o ASBI é um problema sério, que coloca diariamente em causa os direitos das mulheres pelo mundo fora, e que demonstra potencial para piorar. Requer-se assim uma abordagem conjunta entre as próprias plataformas, governos e a sociedade, de modo a garantir que as plataformas digitais espelham um ambiente democrático e respeitoso, e que não o colocam em causa. Independentemente de todas as fragilidades dos diversos corpos legislativos analisados, a UE tem assumido uma posição pioneira na regulamentação do espaço digital, numa dupla lógica de inovação, sempre em respeito pelos direitos e valores nos quais a própria união assenta.

Em combate a tais lacunas ou insuficiências, será talvez interessante uma aposta multidisciplinar, que mantenha o foco político e legislativo, numa perspetiva de melhoria constante, mas que aposte também em medidas alternativas, que não assentem apenas na imposição de obrigações a empresas, mas que pretendam, por um lado, incentivar as próprias a agir, e por outro, a consciencializar a sociedade em geral, combatendo o problema desde a sua raiz, influenciando as tendências de consumo de conteúdo, e dessa forma o próprio modelo de atuação das plataformas digitais.

## 6. Referências

Akman, Pinar (2021). Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act. *European Law Review, 47*(85).

Comissão Europeia (2015). *Roadmap for (a possible) EU acession to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence* (Istanbul Convention).

Comissão Europeia (2017). *Combater os conteúdos ilegais em linha: Rumo a uma responsabilidade reforçada das plataformas em linha.* Bruxelas. Obtido de https://eur-lex.europa.eu.

Comissão Europeia (2020a). *Construir o futuro digital da Europa.* Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia.

Comissão Europeia (2020b). *Livro Branco sobre IA: uma abordagem europeia virada para a excelência e confiança*. Bruxelas. https://eur-lex.europa.eu.

Comissão Europeia (2020c). *Proposta de regulamento do parlamento europeu e do conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital* (Regulamento Mercados Digitais). Bruxelas. https://eur-lex.europa.eu.

Comissão Europeia (2022). *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao combate à violência contra as mulheres e à violência doméstica.* Estrasburgo. Obtido de https://eur-lex.europa.eu.

Comissão Europeia (2024). Comunicado de Imprensa: *Comission concludes that online social networking service of X should not be designated under the Digital Markets Act.* Disponível: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_24_5324.

Comissão Europeia (2025). *Trusted Flaggers under the Digital Services Act (DSA)*. Disponível: https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/trusted-flaggers-under-dsa.

Conselho Europeu (2023a). Decisão (UE) 2023/1075 relativa à celebração, em nome da União Europeia, da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica no que diz respeito às instituições. Obtido de: https://eur-lex.europa.eu.

Conselho Europeu (2023b). Decisão (UE) 2023/1076 relativa à celebração, em nome da União Europeia, da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica. Obtido de: https://eur-lex.europa.eu.

Conselho Europeu (2024). *Regulamento dos Mercados Digitais*. Obtido de https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/digital-markets-act/#who.

Conselho Europeu (2025). *Regulamento dos Serviços Digitais*. Obtido em 20 de janeiro de 2025, de https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/digital-services-act/#what.

De Streel, Alexandre; Defreyne, Elise; Jacquemin, Hervé; Ledger, Michèle; Michel, Alejandra (2020). *Online Platforms' Moderation of Illegal Content Online: Law, Practices and Options for Reform.* Luxembourg: Parlamento Europeu.

Flew, Terry; Martin, Fiona; Suzor, Nicolas (2019). Internet regulation as media policy: Rethinking the question of digital communication platform governance. *Journal of Digital Media and Policy,* 10(1), pp.33-50. doi:10.1386/jdmp.10.1.33_1.

Franks, Mary Anne (2015). Protecting Sexual Privacy: New York needs a 'revenge porn' law. *Atticus*, pp.15-21.

Froufe, Pedro Madeira (2021). Cinco notas introdutórias à Lei dos Serviços Digitais: construindo o futuro digital da Europa (Another brick in the wall). Em: Covelo de Abreu, Joana; Coelho, Larissa; Cabral, Tiago Sérgio (coord.). *O Contencioso da União Europeia e a cobrança transfronteiriça de créditos: compreendendo as soluções digitais à luz do paradigma da Justiça Eletrónica europeia (e-justice).* Braga: Pensamento sábio - Universidade do Minho. Vol.II, pp.23-29. Disponível: doi:10.21814/1822.73489.

Gillespie, Tarleton (2018). *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation and the Hidden Decisions That Shape Social Media.* Connecticut: Yale University Press.

Husovec, Martin (2023). Rising Above Liability: The Digital Services Act as a Blueprint for the Second Generation of Global Internet Rules. *Berkeley Technology Law Journal,* 38, pp.883-893.

Lonardo, Thomas; Martland, Tricia; White, Doug (2016). A Legal Examination of Revenge Pornography and Cyber-Harrassment. *Digital Forensics, Security and Law*, pp.79-92.

OCDE. (2019). *An Introduction to Online Platforms and their Role in the Digital Transformation.* Obtido de: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2019/05/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_970fc377/53e5f593-en.pdf#page2.

Oxford Economics; Huawei (2017). *Digital Spillover: Measuring the true impact of the digital economy.* Obtido de: https://www.huawei.com/minisite/gci/en/digital-spillover/files/gci_digital_spillover.pdf.

Parlamento Europeu (2014). Resolução do Parlamento Europeu, que contém recomendações à Comissão sobre o combate à violência contra as mulheres. *Jornal Oficial da União Europeia*. Obtido de https://eur-lex.europa.eu.

Parlamento Europeu (2016). Resolução do Parlamento Europeu sobre a adesão da UE à Convenção de Istambul para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres. *Jornal Oficial da União Europeia*. Obtido de https://eur-lex.europa.eu.

Rigotti, Carlotta; McGlynn, Clare (2022). Towards an EU criminal law on violence against women: The ambitions and limitations of the Comission's proposal to criminalise image-based sexual abuse. *New Journal of European Criminal Law,* 0(0), pp.1-26. Disponível em; doi:10.1177/20322844221140713.

Rigotti, Carlotta; McGlynn, Clare; Benning, Franziska (2024). Image Based Sexual Abuse and EU Law: a critical analysis. *German Law Journal*, pp.1-22. Disponível em: doi:10.1017/glj.2024.49.

Satariano, Adam (2018). G.D.P.R, a new privacy law, makes Europe world's leading tech watchdog. *New York Times*. Obtido de: https://www.nytimes.com.

Schmidt, Anja (2024). The Abuse of Sexual Images Between Liberal Criminal Law and the Protection of Sexual Autonomy. Em: Caletti, Gian Marco; Summerer, Kolis (ed.). *Criminalizing Intimate Image Abuse: a comparative perspective.* Oxford: Oxford University Press.

Semezin, Silvia; Bainotti, Lucía (2020). The Use of Telegram for Non-Consensual Dissemination of Intimate Images: Gendered Affordances and the Construction of Masculinities. *Social Media + Society,* 6(4). doi:10.1177/2056305120984453.

Šepec, Miha (2019). Revenge Pornography or Non-Consensual Dissemination of Sexually Explicit Material as a Sexual Offence or as a Privacy Violation Offence. *International Journal of Cyber Criminology,* 13(2). Disponível em: doi:10.5281/zenodo.3707562.

Skočir, Manja (2024). Governing Digital Spaces: Addressing Illegal and Harmful User-Generated Content on Online Platforms. *Revija za kriminalistiko in kriminologijo,* 75(4), pp.290-303.

Statista (2024). *The 100 Largest Companies in the World by Market Capitalization in 2023*. Obtido de: https://www.statista.com/statistics/263264/top-companies-in-the-world-by-market-capitalization/.

Tribunal de Justiça da União Europeia (2021). Parecer 1/19 do Tribunal de Justiça (Grande Secção), 6 de outubro de 2021.

UN Women (2021). *Measuring the Shadow Pandemic: Violence Against Women during COVID-19.* Acceso: 14 de janeiro de 2025. Disponível: https://data.unwomen.org/sites/default/files/documents/Publications/Measuring-shadow-pandemic.pdf.

União Europeia (2016). Tratado de Funcionamento da União Europeia (versão consolidada). *Jornal Oficial da União Europeia*. Obtido de: https://eur-lex.europa.eu.

União Europeia (2024). Regulamento (UE) 2024/1689 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de junho de 2024, que cria regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial. *Jornal Oficial da União Europeia*. Obtido em 15 de Dezembro de 2024, de: https://eur-lex.europa.eu.

Vilaça, José Luís da Cruz (2008). Política de concorrência: o caminho da modernização? Em: *50º ano Tratado de Roma 1957-2007.* Âncora.

Zuckerberg, Mark. [@zuck]. https://www.instagram.com/p/DEhf2uTJUs0/.