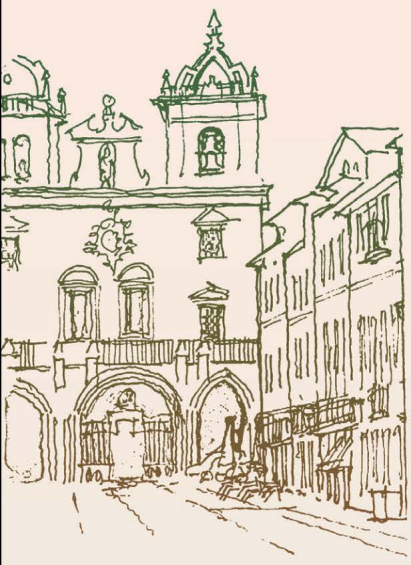


UNIO/CONPEDI

E-BOOK 2017

INTERCONSTITUCIONALIDADE:

"Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas"

VOLUME - 1

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BRAGA/PT

UNIO/CONPEDI E-book 2017

Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas

Vol. I

Coordenação científica de Alessandra Silveira, Sophie Perez Fernandes e Sergio Maia Tavares Marques

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

UNIO/CONPEDI E-book 2017
Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas
Vol. I

Coordenação científica:

Alessandra Silveira | Sophie Perez Fernandes | Sergio Maia Tavares Marques

Autores:

Ana Torres Rego | Arnaldo Sobrinho de Morais Neto | Carla Piffer | Carlos Pinna de Assis Júnior | Cibele Rodrigues | Diana Coutinho | Diego de Paiva Vasconcelos | Elaine Harzheim Macedo | Eudes Vitor Bezerra | Ildete Regina Vale da Silva | Isa António | Jaqueline Moretti Quintero | José Ernesto Pimentel Filho | Larissa Araújo Coelho | Leonardo David Quintiliano | Marcelo Negri Soares | Marconi Costa Albuquerque | Maria Teresa Alves | Paulo Márcio Cruz | Rafael Sousa Fonsêca | Raymundo Juliano Feitosa | Rogério Gesta Leal | Rubens Beçak

Edição:

Centro de Estudos em Direito da União Europeia
Escola de Direito da Universidade do Minho
http://www.cedu.direito.uminho.pt | cedu@direito.uminho.pt

Coordenação técnica:

Larissa Araújo Coelho | Tiago Sérgio Cabral

Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e Tecnologia no âmbito do projeto UID/DIR/4199/2016.

ISSN: 2184-1403 | **DOI:** 10.21814/1822.53734 | **ISBN:** 978-989-54194-1-8

Braga, março de 2018

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

UNIO EU LAW JOURNAL

Com o alto Patrocínio de Sua Excelência O Presidente da República

Índice

Apresentação.....9

A universalidade da liberdade religiosa enquanto desafio internormativo numa União de diversidade
Ana Torres Rego.....13

Regulação nacional e transnacional multinível: o direito administrativo global nos casos de direito da concorrência no Brasil e de gestão da internet na Ásia
Arnaldo Sobrinho de Morais Neto/José Ernesto Pimentel Filho.....45

"Igualdade ao nascer, liberdade ao viver"* e fratenidade ao conviver: a universalização dos direitos humanos e o fenômeno dos fluxos migratórios
Carla Piffer/Ildete Regina Vale da Silva.....65

Desafio à universalização dos direitos humanos: o direito fundamental de exercício da própria cultura
Carlos Pinna de Assis Júnior/Rafael Sousa Fonsêca.....89

As repercussões da gestação de substituição no direito do trabalho: um caso de discriminação?
Diana Coutinho.....111

A (dis)funcionalidade do estado de coisas inconstitucional (ECI): estrutura da decisão e os limites funcionais do direito
Diego de Paiva Vasconcelos.....145

A possibilidade de intervenção da Autoridade de Segurança Alimentar e Econômica de Portugal (ASAE) como *Amicus Curiae* em demandas coletivas decorrentes da "Operação Carne Fraca" no Brasil
Elaine Harzheim Macedo/Carolina Moraes Migliavacca.....171

Direitos humanos: controle de convencionalidade brasileiro
Eudes Vitor Bezerra/Marcelo Negri Soares.....199

O poder de modificação unilateral no contrato administrativo e seus limites
Isa António 217

A teoria da constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo
Larissa Araújo Coelho 237

O conflito entre os níveis nacionais de proteção jusfundamental e o direito eurocomunitário à luz do artigo 53.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia
Leonardo David Quintiliano 257

O estado da arte da Crise Migratória na União Europeia sob a ótica dos direitos humanos
Maria Teresa Alves 287

Sobre o liberalismo e a sua representação política
Paulo Márcio Cruz/Jaqueline Moretti Quintero 321

A partilha dos *royalties* do petróleo decorrentes da exploração *offshore* no Brasil – um caso de comprometimento do equilíbrio federativo
Raymundo Juliano Feitosa/Marconi Costa Albuquerque 337

Compliance como política privada que afasta práticas corruptivas e reforça a ética empresarial: elementos mínimos que devem ser observados
Rogério Gesta Leal/Caroline Fockink Ritt 363

Eurocentrismo e nacionalismo na União Europeia frente aos direitos humanos
Rubens Beçak/Cibele Rodrigues 389

Apresentação

Os textos publicados neste volume I do E-book UNIO/CONPEDI foram selecionados de entre os apresentados no VII Encontro Internacional do Conselho Nacional (brasileiro) de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado em Braga/Portugal nos dias 7 e 8 de setembro de 2017, subordinado ao tema "*Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial - atualização e perspectivas*". Refletem, nas palavras de Gomes Canotilho lidas na abertura daquele evento, "os atuais desassossegos sobre as mudanças das qualidades e objetos do direito, sobretudo do direito constitucional" – e resultam do debate intergeracional incidente sobre temas tão complexos como o direito transnacional, o direito constitucional global, o direito constitucional europeu, bem como "os caleidoscópios dogmáticos da interlegalidade, da internormatividade e da interconstitucionalidade".

A ideia de interconstitucionalidade, brilhantemente recuperada por Gomes Canotilho em "Brancosos e interconstitucionalidade", de 2006, foi primeiramente avançada por outro insigne Mestre da academia coimbrã e grande europeísta, Francisco Lucas Pires, numa obra publicada em 1998 e intitulada "*Introdução ao direito constitucional europeu*". Como explica Poiares Maduro, a originalidade do pensamento de Lucas Pires assenta numa particular conceção do constitucionalismo tendente a permitir a sua reconstrução num contexto de pluralismo de fontes constitucionais nacionais e europeias. Esta ideia merece uma contextualização, a fim de que o público brasileiro, ao qual esta publicação precipuamente se destina, perceba como ela surgiu.

A União Europeia não é um Estado na aceção moderna, mas cria direito vinculativo para as próprias instituições europeias, os seus Estados-Membros e os particulares sujeitos à sua jurisdição. Trata-se de uma nova forma de organização do poder político que se pretende bastante mais sofisticada que o modelo do Estado, envolvendo 28 ordens jurídicas por vezes com diferenças muito marcadas em termos normativos, doutrinários e jurisprudenciais. Neste contexto de pluralismo jurídico-constitucional,

a teoria da interconstitucionalidade foi concebida pela doutrina portuguesa para enfrentar o intrincado problema i) da articulação entre normas constitucionais de distintas fontes e ii) da afirmação de poderes constituintes e legitimidades diversas na União Europeia. Ou seja, a teoria da interconstitucionalidade surgiu para captar o fenómeno i) da pluralidade de fontes constitucionais (e reivindicações de autoridade constitucional) e ii) das tentativas judiciais de as acomodar num contexto jurídico-constitucional não hierarquicamente estruturado – como é aquele da União Europeia. No contexto do Estado, tudo tendencialmente se resolve em termos hierárquicos; mas numa construção dita "multinível" ou "em rede", como é aquela da União Europeia, a hierarquia não funciona.

A metáfora das redes ("constituições em rede") traduz a ausência de hierarquia e é utilizada por Gomes Canotilho para explicar que os instrumentos do direito constitucional nacional já não conseguem captar o sentido, os limites, nem fornecer compreensões juridicamente adequadas para os problemas da integração europeia, o que exige o desenvolvimento de uma teoria da interconstitucionalidade que explique o que se está a passar. O mote desta teoria foi originariamente fornecido pelos riscos de conflito/disputa quanto à última instância decisória em matéria jurídico-constitucional no espaço da União – que não existe, nem deve existir –, ou seja, riscos de conflito decisório entre o Tribunal de Justiça da União Europeia, com sede no Luxemburgo, e os tribunais constitucionais dos Estados-Membros. Mas tal teoria tem hoje revelado outras virtuosidades – e são estas que importa agora destacar e prosseguir – quer na definição da identidade do constitucionalismo europeu, quer na atualização da teoria do constitucionalismo em geral. É nesta investigação/pesquisa em que o Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) da Universidade do Minho (UMinho) está há alguns anos empenhado.

Na era globalitária e no âmbito da chamada "modernidade líquida" (Zigmunt Bauman), o poder desterritorializou-se (Gustavo Zagrebelsky). As circunscrições eleitorais onde exercemos o nosso direito de voto não são aquelas nas quais se decide sobre o nosso destino coletivo – isto em Portugal, no Brasil, em qualquer lugar. Como explicava Bauman, a crise atualmente vivida traduz um inédito divórcio entre

a política e o poder: a política perspectivada como a capacidade de decidir que coisas devem ser levadas a cabo, e o poder aqui entendido como a real capacidade de levar tais escolhas a cabo. Isso produz o efeito de um sistema político local reduzido à gerência da administração de rotina e um sistema de poder global sem representação política e isento de qualquer controlo. Portanto, qualquer debate sobre os desafios que a União Europeia enfrenta hoje não pode ignorar a "metacrise" (que torna todas as demais crises quase insolúveis) que é a crise da agência – ou seja, a crise do Estado tal como o conhecemos. A União Europeia foi a única tentativa mais ou menos bem sucedida (porque incompleta) para regular os fluxos globalitários e atenuar os seus efeitos.

Assim, diante do processo de "desterritorialização do poder" que estamos a assistir por força da globalização em curso, a teoria da interconstitucionalidade procura adaptar o constitucionalismo à mudança da natureza da autoridade política e do espaço político, fornecendo um modelo de integração jurídico-constitucional. Eis a razão do crescente interesse por esta teoria em quadrantes científicos não europeus. O momento de indefinição pós-referendo *Brexit* e pós-eleição Trump que a sociedade mundial está a enfrentar leva-nos a questionar em que medida as relações entre o económico, o político e o jurídico-constitucional são hoje equacionáveis em termos de causas e soluções. Ou em jeito de inquietações: qual o valor específico e autónomo do direito constitucional nos dias que correm?; o que resta da Constituição depois da globalização? Eis o mote do VII Encontro Internacional do CONPEDI, a partir da teoria da interconstitucionalidade, refletido nos textos que se seguem.

Os contributos agora publicados foram ordenados alfabeticamente por autor e seguem as normas metodológicas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) adotadas pelo CONPEDI. Foram selecionados tendo em conta a proximidade com a investigação desenvolvida pelo CEDU, da UMinho – que teve o privilégio de sediar, com o Alto Patrocínio da Presidência da República Portuguesa, tão relevante encontro científico.

A Coordenadora local do VII Encontro Internacional do CONPEDI
Alessandra Silveira

A universalidade da liberdade religiosa enquanto desafio internormativo numa União de diversidade

The universality of religion freedom as an internormative challenge in a Union of diversity

Ana Torres Rego*

RESUMO: Numa perspetiva transversal do processo integrador, é manifestamente essencial o diálogo entre diferentes fontes normativas e órgãos jurisdicionais sitos em distintos patamares, como forma de colmatar as multiculturais querelas que assolam o espaço que lhes é comum. Resulta imperiosa a necessidade de percecionar os desafios globais noutros moldes, bem como questionar a autonomia dos Estados traduzida nas respetivas decisões judiciais internas, designadamente em sede de liberdade religiosa. Nestes termos, consubstanciando-se a CDFUE num catálogo de jusfundamentalidade vinculativo, iremos pugnar, numa perspetiva crítica e mesmo inconformada, pela análise da jurisprudência emanada do TEDH e do TJUE a propósito de tão melindrosas questões.

PALAVRAS-CHAVE: União Europeia; interconstitucionalidade; cidadania europeia; direitos fundamentais; liberdade religiosa.

ABSTRACT: In a transversal perspective of the integration project, is essential the dialogue between different normative sources, as well as it is between jurisdictional institutions located on different levels, to solve the multicultural disputes that ravage on this common space. The need of another perception on the global challenges is urgently required, as long as it is questioning the states' autonomy, when translated on their internal judicial decisions, mainly in religious freedom field. Accordingly, with the CFREU as a binding catalog, we will analyze, under a critical view, the jurisprudence rendered by the ECHR and CJEU about these issues.

KEYWORDS: European Union; interconstitutionality; European citizenship; fundamental rights; religious freedom.

* Advogada e aluna do Mestrado em Direito da União Europeia da Universidade do Minho.

1. O multiculturalismo enquanto característica integrante

De regresso aos primórdios, não é contudo fácil ou óbvio a identificação do elemento aglutinador dos diferentes povos europeus que nos trouxe até ao projeto de integração tal como hodiernamente o concebemos. A União dos dias de hoje, alcançada primeiramente enquanto comunidade, concretiza aquilo que está no cerne da sua origem, a ideia de uma civilização capaz de encerrar em si mesma uma multiplicidade de tradições culturais[1]. Apesar do excessivamente difícil exercício de materialização ou conceptualização daquele elo de ligação, desde os primeiros vestígios embrionários deste espaço de união e solidariedade se estabelece, por praticamente intrínseca, uma relação de quase interdependência entre a prosperidade económica, a cooperação efetiva entre os Estados e a manutenção da paz. Neste contexto, releva o escrutínio dos ímpetos basilares da criação das comunidades, ou, se preferirmos, dos fundamentos da atual inquietação constante com a frágil e débil saúde da União, já que sinónimos em termos pragmáticos.

Não sendo necessário recorrer a uma análise esmiuçada ou extraordinariamente técnica, conclui-se que, não sendo gerada riqueza como contrapartida, revela-se como historicamente inalcançável uma efetiva cooperação entre territórios independentes e soberanos – e que, lamentavelmente, é o panorama económico a grande alavanca impulsionadora, ao invés dos seres humanos e respetivos direitos fundamentais. Parece evidente que a máxima segundo a qual os diferentes Estados apenas coabitam em harmonia uns com os outros, pondo em prática a efetiva cooperação leal que se impõe, quando daí advenham vantagens económicas, não é de todo inovadora. É, no entanto, no lapso temporal decorrente entre as duas grandes guerras, entre o final da primeira em 1918 e o início da segunda em 1939, que surge a ideia matriz deste projeto excêntrico e visionário, com a afirmação da necessidade da convergência de esforços comuns na criação de um espaço de união, solidariedade e cooperação. Inevitavelmente, "a necessidade aguça o engenho".

[1] Neste sentido, para mais desenvolvimentos sobre a contextualização histórica da União Europeia, cf. CAMPOS; CAMPOS, 2010, p. 29-59.

Levando em conta a linha sucedânea de períodos de crescimento e expansão após a ocorrência de cada ciclo de recessão, a Europa não foi exceção à regra tendencial segundo a qual decorre dos momentos de crise a necessidade de inovação para a superação de obstáculos. Contudo, apesar de realizadas diligências nesse sentido, quando Hitler chega ao poder em 1933, movido por ideais radicais e nacionalistas, incitando ao ódio e à segregação com as suas políticas fascistas e autoritárias, uma negra nuvem assola o espaço europeu, indiciando desde logo o desfecho trágico que se seguiu. A reconstrução de um continente devastado urge como uma prioridade. O colapso da economia, da capacidade dos meios e fatores produtivos, reflexo da desgraça e infortúnio do destino europeu, foi o que mobilizou, uma vez mais, tentativas negociais concretas tendentes a encetar uma cooperação que unisse o que os conflitos destroçaram. A génese da integração foi a desagregação.

A imperatividade de uma união de vontades livres no seio de um espaço comum, em detrimento da vigência de um uníssono, foi consequência do resultado alcançado pela aniquilação das diferentes vozes em prol da supremacia de uma só. Como a fénix que renasce das cinzas, a Europa tinha de florescer. Como ponto de partida, disseminou-se a consciência de que coesos e em pacífica convivência na prossecução de um objetivo comum, os Estados são mais fortes e eficientes. Que apenas vivendo em comunidade é possível colmatar os problemas cuja abrangência se alastra em termos conjunturais, ingerindo em domínios tão díspares e descentralizados como a corrupção ou o meio ambiente. Pois ora, se é verdade que a união em si mesma incita e promove a globalização, encetando no seu núcleo referencial a conceptualização e personificação desta última, é tão logicamente percetível também que é a própria globalização que impõe a união.

A emergência de questões à escala planetária obrigou a perspetivar o mundo noutros moldes. O diálogo entre diferentes culturas, tradições filosóficas, jurídicas e políticas, *maxime* entre diferentes constituições, enquanto espelho e alma de cada Estado soberano, é o que está no cerne desta União, tal como percecionado pelo fenómeno da *interconstitucionalidade*. Uma União jurídico-política de Estados independentes e soberanos, sob a égide de uma autoridade comum constituída pelos

representantes de cada Estado-Membro. Daqui se extrai a existência de um *novo paradigma de governação*, de um novo e complexo mundo que acata exigentes desafios para alcançar as altíssimas expectativas por ele criado. Uma nova realidade que obriga a cedências em prol do conjunto e à aceitação e tolerância a favor da diferença. E porque o objetivo desta união é a unificação da diversidade, mas não a sobreposição do mais forte, vislumbra-se que, ao serviço do sucesso do projeto europeu, o foco central recai sobre exigências de respeito pela identidade[2] nacional dos diferentes Estados-Membros, de mãos dadas com a efetiva tutela dos direitos fundamentais da coletividade. Esta última apenas alcançada pela proteção individualizada de cada um dos seus respetivos cidadãos.

No entanto, face ao flagelo da atual ameaça terrorista que põe em causa o sentido de humanidade – e à qual acresce a maior crise mundial de refugiados dos últimos anos – são cada vez mais as medidas protecionistas que os Estados-Membros adotam, e cada vez mais extremistas as ideologias políticas que vão conquistando o eleitorado. Ora, é nestes termos bem visível a estagnação evolutiva pelo qual o projeto unificador está a passar e a necessidade de um ponto de viragem para assegurar o seu futuro. Trazendo para análise os últimos atos eleitorais europeus (designadamente na Áustria, na Holanda ou em França), ainda que se considere estar em causa um *in dubio pro união* expresso pelos respetivos resultados, a verdade é que a conquista de terreno tão súbita e efetivamente alcançada por ideologias reacionárias a uma ideia de coletividade (movidas por um *euroceticismo* preocupante) tem de ser questionada e interpretada como um sinal de alerta.

Nesta breve exposição, partindo da cidadania europeia enquanto estatuto atribuído originariamente a todos os nacionais dos Estados-Membros, bem como a todos aqueles que usufruam do referido instituto pelo processo de naturalização, nomeadamente ao abrigo do exercício das liberdades conferidas por este espaço de matriz plural[3], traremos à colação uma das mais melindrosas questões que assola

[2] Neste sentido, para mais desenvolvimentos sobre a evolução da garantia de respeito da identidade constitucional dos Estados-Membros, cf. FERNANDEZ, 2013.

[3] Neste sentido, cf. a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante Tribunal de Justiça ou TJUE) e respetivo comentário crítico do Acórdão Rottmann, processo C-135/08, de 2

o espaço Schengen na atualidade: a tutela da liberdade religiosa enquanto direito fundamental, sob o ponto de vista do fenómeno da internormatividade operante nesta matéria.

2. A efetividade da tutela do cidadão europeu

Foi com o Tratado de Maastricht, assinado em 1992, que se reverteu o paradigma económico fundador das Comunidades Europeias com a respetiva criação do instituto da cidadania europeia. O cidadão do Estado-Membro aderente ao projeto passou, ele próprio, a estar na mira de preocupações políticas e sociais das instituições *transnacionais*, adquirindo um novo estatuto que lhe atribui direitos e liberdades. Extravasa-se a relação de efetividade vertical por exclusiva com o Estado soberano, em ordem à individualização de uma tutela que passa a girar em torno do próprio ser humano. A transposição do conceito de cidadania para um arquétipo supranacional consubstanciou-se na extrapolação da respetiva associação conceptual apenas e só à tradicional visão do Estado-nação, tal como percecionado pela leitura do acórdão *Rottmann*[4]. Com efeito, a cidadania, enquanto *direito a ter direitos,* não esgota ou substitui a nacionalidade originária – ou adquirida pelo processo de naturalização – concedida a determinada pessoa, aquela que, por lhe atribuída *ab initio* desde o nascimento pelo estado de proveniência, lhe é desde sempre inerente. Pelo contrário, acresce-lhe, pois o cidadão de um Estado soberano é agora também cidadão de uma espécie de aliança de Estados-nação. Neste sentido, intrínseca à própria matriz da cidadania europeia (estatuto que apenas pode ser apreendido à luz de uma de multiplicidade de estados e

---

de março de 2010, in: *Direito da União Europeia: elementos de direito e políticas da União,* no qua se afirma que o referudo acórdão "reequaciona a extensão do poder discricionário de que os Estados-Membros dispõem para determinar quem são os seus nacionais" (SILVEIRA; CANOTILHO; FROUFE, 2016, p. 17).

[4] Neste sentido, considerando 56, processo n.º C-135/08 de 2 de março de 2010: "Por conseguinte, dada a importância que o direito primário atribui ao estatuto de cidadão da União, há que ter em conta, no exame duma decisão de revogação da naturalização, as eventuais consequências que essa decisão implica para o interessado e, eventualmente, para os membros da sua família, no que respeita à perda dos direitos de que goza qualquer cidadão da União."

de uma abstração do que se passa a nível interno), encontra-se o *princípio da igualdade e da não discriminação*[5].

Nestes termos, no caráter envolvente da cidadania está latente a pacífica aceitação das singularidades que compõem a multiplicidade de nacionalidades abarcadas pela União, consubstanciando-se a sua essência na proteção eficaz e equitativa de direitos fundamentais (SILVEIRA; CANOTILHO; FROUFE, 2016, p. 22 e ss.). Razão pela qual doutrinalmente lhe é atribuída um caráter inclusivo e o proliferar de um sentimento de pertença. Nesta matéria, releva impreterivelmente o caráter vinculativo atribuído à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[6] pelo Tratado da União Europeia (versão Lisboa), através do qual se salvaguarda, no âmbito deste dinâmico processo integrador, a efetividade de um quadro de direitos-base, caracterizado pelo respeito obrigatório que lhe é devido por parte de todos os atuais e futuros Estados aderentes. Com tais garantias, ressalva-se a montante a democraticidade deste espaço que é de todos, bem como o controlo efetivo de uma situação de paridade de armas entre as complexas sociedades aderentes.

A Carta, enquanto expressão dos princípios democrático e do Estado de direito, alicerces da construção europeia, reafirma *os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*[7]. A efetividade e universalidade de aplicação deste catálogo de direitos em todo espaço por ele abarcado decorre do entrecruzamento da riqueza de fontes que lhe serviu de suporte de criação. No entanto, não tendo sido atribuída qualquer competência exclusiva à União neste domínio, importa percecionar que em sede de direitos fundamentais com âmbito

[5] Cfr. artigo 9.º do Tratado da União Europeia (doravante Tratado da União ou TUE) em conjugação com o artigo 20.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante Tratado de Funcionamento ou TFUE).

[6] Doravante designada de Carta ou CDFUE.

[7] Tal como expresso no 5.º parágrafo do preâmbulo da CDFUE.

de aplicação neste espaço *geopolítico* colidem as diversas tutelas derivadas de fontes internacionais, da *jusfundamentalidade* europeia e dos múltiplos padrões internos consagrados pelos diferentes Estados, todas com âmbito de aplicação válido neste contexto.

Distanciando-se também nesta vertente de um modelo federativo – e ainda que a Carta contemple a expressão de um conjunto nuclear abrangente derivado da reunião de fontes que lhe subjazem –, não vigora em termos gerais um único modelo de proteção. Reflexamente, alicerçada na dignidade da pessoa humana, a Carta assegura a sua tutela *jusfundamental* com a garantia de respeito pela identidade constitucional de cada Estado, a qual, designadamente em articulação com a garantia conferida pela consagração da aplicação do "nível de proteção mais alargada"[8], pode levar à preterição da sua aplicação caso, nomeadamente, os Estados-Membros disponham de normas internas mais garantísticas e protetoras do particular no caso em apreço.

Quanto à aquisição deste estatuto, recorrendo à jurisprudência vinculativa do Tribunal de Justiça, designadamente ao acórdão proferido no caso *Zambrano*[9], é defensável a aceção de cidadania europeia enquanto elo de ligação bastante e suficiente para que um nacional de um Estado-Membro, independentemente do efetivo exercício das liberdades de circulação de que dispõe, beneficie da tutela garantida pelo *bloco de jusfundamentalidade* instituído pela Carta. Em termos pragmáticos e não taxativos, ser cidadão europeu traduz-se nas prerrogativas de livre circulação, de livre residência e de livre prestação de trabalho em todo o espaço geográfico da União, bem como na confiança do gozo de idêntico tratamento de que seria alvo caso continuasse no seu Estado-Membro originário, a par das faculdades conferidas no seio da intervenção na vida política da União. Neste quadro, pelo seu incomensurável

[8] Artigo 53.º da CDFUE, sob a epígrafe *nível de proteção*, estatui que "[n]enhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as 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, a Comunidade 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."

[9] Processo C-34/09, de 8 de março de 2011.

relevo na formação de uma verdadeira identidade europeia, paralelamente à respetiva inscrição no direito originário da União, a cidadania encontra menção expressa no Título V da mencionada Carta.

3. A promoção da diversidade e respetiva convergência na pluralidade religiosa

Nesta nova e ampla conjetura criada pela supressão das outrora fronteiras existentes entre países soberanos, evidencia-se a beleza existente na originalidade e cosmopolitismo resilientes a uma total homogeneização, enquanto peculiaridades características da identidade de cada Estado. Importa, no entanto, esclarecer que não é objetivo da União, nem nunca o foi também enquanto Comunidade, uma total uniformização, pois a harmonização que se visa garante ela própria o respeito pela matriz constitucional de cada Estado-Membro. Em conformidade, neste novo modelo político são estabelecidos mínimos denominadores comuns para todos os Estados, encontrando-se subjacente ao seu funcionamento, a imperativa articulação das diferentes constituições nacionais vigentes nos diferentes Estados soberanos. O funcionamento deste sui generis Estado composto é doutrinalmente conceptualizado sob a forma de *constituições em rede* (CANOTILHO, 2012. p. 267). É neste sentido que estatui o artigo 22.º da Carta a garantia de respeito assegurada pela União em sede de *diversidade cultural, religiosa e linguística* no seio do conjunto, enquanto direito fundamental. No domínio referente à cultura, o teor do presente normativo reflete o espírito subjacente ao artigo 6.° do Tratado da União[10]. Subsistindo ao normativo *sub judice* um amplo terreno de abrangência, numa outra vertente a sua literal transversalidade tem ainda sede na inspiração obtida junto da Declaração n.° 11 para a Ata Final do

[10] O qual estatui no seu ponto 3. que "[d]o direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros."

Tratado de Amesterdão[11], relativa ao estatuto das Igrejas e das organizações não confessionais[12].

Composta por uma miscelânea cultural, a qual se traduz numa Europa a várias velocidades, com distintos perfis de contextualização e variadíssimos desafios internos, a excentricidade da multiplicidade consubstancia-se num princípio bussolar norteador deste não estanque e *dinâmico-progressivo* processo construtivo. Tal conceção, ainda que não formalmente expressa, é corolário da inscrição trazida com Maastricht, nos termos da qual a União "respeitará as identidades nacionais dos Estados-Membros"[13]. Pressupõe-se uma certa autonomia processual e substantiva a favor dos respetivos Estados, ainda que, claro está, com conta, peso e medida neste contexto de cooperação e cumulativa primazia de aplicabilidade das prerrogativas europeias. Paralelamente, o alcance dos atuais artigos 2.º e 3.º do Tratado da União é ainda mais audaz e ambicioso. Naqueles, a União compromete-se a assegurar *os direitos das pessoas pertencentes a minorias*, o combate à *exclusão social* e às *discriminações,* a par da afirmação da manutenção da *riqueza da diversidade cultural* e da incrementação da *solidariedade e do respeito mútuo entre os povos*.

Num sentido diametralmente oposto ao que seria expectável com uma norma deste calibre, no que concerne à estrita tutela da diversidade, resvalamos no caráter redutor deste preceito. Se, por um lado, é demasiado aberto e inconclusivo, carecendo de uma concretização que auxilie a sua efetiva aplicação, no domínio que aqui releva, designadamente em matéria de respeito e salvaguarda das minorias, tal cláusula de pouco ou nada surte efeito prático. A omissão de atribuição expressa pelos tratados de competências à União neste domínio, apontam exatamente no sentido da inocuidade prática do estatuído. Pelo que se antevê a sujeição das minorias à livre e total discricionariedade do ordenamento em que se encontrem.

---

[11] Nos termos da declaração relativa ao estatuto das Igrejas e das organizações não confessionais, "[a] União respeita e não afeta o estatuto de que gozam, ao abrigo do direito nacional, as Igrejas e associações ou comunidades religiosas nos Estados-Membros. A União respeita igualmente o estatuto das organizações filosóficas e não confessionais."

[12] Neste sentido, cf. as anotações relativas ao texto integral da Carta. Disponível em: <https://infoeuropa.eurocid.pt/files/database/000006001-000007000/000006824.pdf>.

[13] Expressão constante do teor do artigo 4.º n.º 2 do TUE.

Enquanto manifestação de um espaço de tolerância e inclusão, consagra-se no artigo 10.º da Carta[14] a *liberdade de pensamento, consciência e de religião*. Caracterizada como um dos fundamentos da *sociedade democrática* na qual a União se traduz, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem[15], a liberdade aqui conferida consubstancia-se como reflexa da pluralidade inerente a este espaço[16]. Com este normativo inscrito no direito originário da União, visa-se, essencialmente, a tutela da determinação pessoal face ao eventual caráter intervencionista do poder público – orgânica ou funcionalmente europeu (da União) –, neste domínio da vida privada. Numa análise decomposta do núcleo abrangido por este direito fundamental, estão garantidas três dimensões distintas e destacáveis entre si. No entanto, perspetiva-se como sendo tão ténue a linha que as separa que, pela aproximação de conceitos operada, as respetivas tentativas concretizadoras poderão desaguar em algo de tão idêntico quanto pouco esclarecedor. A *liberdade de pensamento*, tão vasta quanto a mente humana, consubstancia-se no direito à criação e manifestação de um ponto de vista próprio e pessoal da realidade. A *liberdade de consciência* remete-nos para um campo ético-filosófico, pelo qual se depreende a faculdade de livre adesão a um específico conjunto de valores. A *liberdade religiosa* encerra em si uma vertente mais íntima e espiritual, através da qual é permitida a adoração, no caso de crença, ou de completa abstração, no caso do ateísmo, de uma qualquer divindade religiosa.

[14] De cujo conteúdo se extrai que "1. [t]odas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. O direito à objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respetivo exercício." O conteúdo do supracitado artigo corresponde ainda ao estatuído pelo artigo 9.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante designada de Convenção, Convenção Europeia ou CEDH).

[15] Doravante designado de TEDH.

[16] "As enshrined in Article 9 (art. 9), freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it." In decisão proferida pelo TEDH, no âmbito do caso Kokkinakis v. Greece, de 1993.

A pacífica convivência de uma pluralidade de religiões, pela respetiva convergência em inúmeras guerras e discussões, foi desde sempre um campo de batalha a céu aberto. Subjacente à intolerante perseguição, reside a autonomia inerente a tal liberdade, a qual comporta uma dimensão interna e externa, a par de uma possibilidade de escolha entre a ação ou omissão. Quer isto dizer que se permite não só o livre arbítrio na escolha de devoção (ou não) a uma divindade como ainda a respetiva possibilidade (e não imposição) de livre manifestação pública daquela por comportamentos expressos e diretos, os quais, entre outros, podem ir desde a livre comunicação à adoração em público, passando pelo livre uso de símbolos reflexos de tal crença. A efetivação da liberdade religiosa compreende a respetiva liberdade de organização em comunidade, e assim, por consequente, a indissociável liberdade de edificação de locais de culto.

Às prerrogativas conferidas ao abrigo deste direito está intrínseco um *princípio de não discriminação*, através do qual se garante que ninguém pode ser alvo de diferenciação injustificada de tratamento, seja em termos positivos ou negativos, determinada pela sua religião, pensamento ou convicção. Concretizando este direito como *pessoal e universal,* depreende-se da sua literalidade a extensão da prerrogativa conferida a toda e qualquer pessoa sujeita à jurisdição da União, extravasando-se assim o próprio âmbito da cidadania europeia efetivamente conferido, ao englobar-se nesta tutela os ainda candidatos a asilo politico ou os imigrantes indocumentados, desde que localizados em território de liberdades (MOREIRA in SILVEIRA; CANOTILHO, 2013. p. 147).

4. As restrições admissíveis à liberdade religiosa

Num complexo espaço de liberdades e direitos caracterizado pela plural convivência em sociedade, importa atentar que a nossa liberdade termina quando extravasa ou colide com a esfera de direitos atribuídos a terceiros. Nestes termos, ainda que não expressas na Carta, são admissíveis algumas restrições em matéria de liberdade religiosa, tal como previstas na Convenção Europeia dos Direitos do

Homem. O conteúdo do direito constante do n.° 1 do artigo 10.º da Carta tem direta correspondência ao teor do direito consignado pelo artigo 9.°[17] da Convenção, bem como o mesmo alcance terminológico e âmbito aplicativo nos termos e para os efeitos do n.° 3 do artigo 52.°[18]. No entanto, em matéria de restrições excecionalmente admissíveis, a Carta é omissa. Como forma de colmatar as lacunas constantes da Carta, impõe-se a leitura da *fundamentalidade* atribuída à liberdade religiosa no seio do quadro apresentado pelo n.° 2 do supracitado artigo 9.° da Convenção.

As restrições admissíveis à expressão e manifestação do credo de cada qual correspondem às tradições constitucionais e respetivas legislações internas dos Estados- Membros neste domínio, sendo impreterivelmente aplicadas em consonância com o princípio da necessidade e da proporcionalidade. Acresce ainda que tais limitações excecionalmente operantes em sede de manifestações públicas de convicções religiosas estão forçosamente submetidas ao crivo do princípio da legalidade. Em conformidade, a sua consagração consta expressamente de disposições normativas, depreendendo-se a obrigatoriedade de se encontrarem legislativamente previstas, e terão que tendencialmente prever a salvaguarda da segurança pública, da proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou da proteção dos direitos e liberdades de outrem, numa sociedade alicerçada em princípios democráticos. Sendo estas disposições apenas aplicadas sob a presença de ponderosos motivos que o legitimem, e em situação que medidas menos gravosas não surtam o efeito pretendido, as manifestações públicas de liberdade

[17] Nos termos do qual "1. [q]ualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem."

[18] De cujo se teor se extrai que "[n]a 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 o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma proteção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla."

religiosa apenas podem ser postas em causa quando assegurados o principio da necessidade e da proporcionalidade.

Neste campo, tal delineação limitativa, apesar de excecional, como aliás seria expectável à luz da universal assertividade constante da matriz da *fundamentalidade* inerente à liberdade religiosa, é apenas admissível quando aplicada à vertente externa daquele direito, a qual esboçada pela respetiva livre e pública manifestação pessoal e que, portanto, não figura como absolutamente independente face a tudo e todos. Não está de forma alguma em causa a legitimação da ingerência por qualquer meio na crença em si mesma enquanto mais íntima reflexão da individualidade de cada qual, antes na sua manifestação num contexto coletivo, e apenas quando disso justificativos e sólidos valores se ergam. É exatamente neste sentido que o Tribunal dos Direitos do Homem declara o âmbito das potenciais restrições passíveis de aplicação, tendo por análise a decisão proferida no caso *Buscarani v. San Marino*, de fevereiro de 1999[19].

4.1. *O caminho jurisprudencial trilhado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem quanto ao artigo 9.º da Convenção*

Na senda destas matérias, olharemos de relance alguma jurisprudência histórica proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em sede de um contexto público e de subsequente competência estadual.

No caso *Sahin vs. Turquia*[20], Leyla Sahin, estudante da Faculdade de Medicina da Universidade de Istambul, professante de religião muçulmana e usuária do véu, viu preterido o seu direito de realizar exames e assistir às aulas, uma vez que a sua ação colidia com as orientações do estabelecimento de ensino segundo as quais rapazes

[19] Cf. n.º 39 "In the instant case, however, requiring the applicants to take the oath on the Gospels was tantamount to requiring two elected representatives of the people to swear allegiance to a particular religion, a requirement which is not compatible with Article 9 of the Convention. As the Commission rightly stated in its report, it would be contradictory to make the exercise of a mandate intended to represent different views of society within Parliament subject to a prior declaration of commitment to a particular set of beliefs."

[20] Caso *Leyla* Şahin *v. Turkey*, n.º 44774/98, de 29 de junho de 2004.

com barba e raparigas com a cabeça coberta viam o seu acesso às salas de aula negado. Resiliente a estas imposições, Leyla não acatou as regras, o que lhe custou a suspensão da matrícula. Posteriormente e face ao sucedido, acabou por emigrar para a Áustria e prosseguir estudos na Universidade de Viena. Paralelamente, a aluna intentara uma ação no Tribunal Administrativo de Istambul, a par de uma petição no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A muçulmana invocara uma ingerência desproporcionada e injustificada no seu direito fundamental de liberdade religiosa, a qual pôs em risco o cerne essencial do seu direito à instrução. Face aos factos, os argumentos do governo turco acabaram por colher junto do Tribunal Europeu, o qual reconheceu inquestionavelmente nesta medida o legítimo propósito de salvaguarda dos direitos de terceiros, da ordem pública e do pluralismo religioso em si mesmo consagrado. No vertente caso, a par de uma alegada tutela de um princípio de igualdade entre homens e mulheres, procedeu a primazia da salvaguarda do princípio do secularismo na ordem turca, estrutura basilar daquele ordenamento, segundo o qual devem ser proibidos todos os símbolos religiosos nos estabelecimentos de ensino. O tribunal afirma que o dever de uso de símbolos religiosos como preceituado pelo islamismo, pode levar ao constrangimento daqueles que fazendo uso do seu livre arbítrio optem por não usar. Nestes termos, no entender do tribunal e na aceção do artigo 9.º da Convenção, o qual pressupõe um efetivo balanço de ponderação de interesses, a medida afigura-se como proporcional e necessária aos fins pretendidos, designadamente na promoção dos valores democráticos da sociedade turca.

Um outro caso conexo reporta-se a 1999, ano de matrícula da aluna Belgi Dogru[21] no ensino secundário numa escola em França. No cerne da questão reside a recusa por parte da aluna, que usava reiterada e continuamente o véu islâmico enquanto manifestação da religião por si professada, na despe daquela veste típica nas aulas de educação física. Por defender a impossibilidade de execução das suas aulas se envergado o respetivo véu – e uma vez que a aluna não cedeu às orientações impostas –, o respetivo professor marcou faltas consecutivas que levaram à tomada de decisão de expulsão pelo Comité disciplinar, por cabal incumprimento do dever

[21] Caso Dogru v. France, n.º 27058/05, de 4 dezembro de 2008.

de assiduidade. Impugnada tal decisão para o Diretor da Educação de Caen, foi a mesma (re)confirmada com base no dever de assiduidade que incumbe aos alunos, na imposição interna do uso roupa em conformidade com as atividades a desenvolver, por ponderosos motivos de saúde e segurança, acautelando-se designadamente as situações que envolvam as aulas de educação física, e ainda tendo em conta uma decisão prévia do *Conseil d'etat* que considerou o uso desta veste incompatível com o bom funcionamento das aulas desta disciplina. Na tentativa de anulação desta decisão, os pais de Dorgun intentaram a respetiva ação judicial junto do Tribunal Administrativo de Caen. Uma vez mais, viram a sua intenção preterida, a par da confirmação da pertinência da decisão tomada pelo Tribunal Administrativo de recurso de Nantes.

Esgotadas as vias jurisdicionais internas, os pais de Dorgun recorreram ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, junto do qual alegaram a violação do artigo 9.º da Convenção, a par do não preenchimento dos requisitos constantes no seu n.º 2 como legitimadores de tal conduta. Negaram a imputação dos factos a um caso de violação do direito de assiduidade, uma vez que a aluna esteve sempre presente tendo-lhe antes sido negada a possibilidade de participação nas atividades desenvolvidas. Por outro lado, reiteraram nunca ter sido intenção do seu comportamento destabilizar a ordem interna da escola ou os seus colegas, tendo tal onda de tensão sido despoletada pela reação dos seus professores. O tribunal reconduz *a priori* a submissão da proibição da frequência das aulas, bem como da expulsão propriamente dita, a uma verdadeira ingerência no seu direito de liberdade religiosa. Por outro lado, fazendo o exercício de preenchimento dos requisitos cumulativos necessários em ordem à legitimação de tal restrição, conclui pela positiva quanto a todos os pontos, designadamente de legalidade, proporcionalidade e necessidade.

No caso *Lautsi vs. Itália*[22], em 2002, a mãe de dois filhos inscritos numa escola pública italiana protesta contra a presença de um crucifixo (enquanto símbolo religioso) na sala onde eram lecionadas as aulas, por considerar a presença de tal objeto contra os princípios e valores de neutralidade subjacentes a um Estado laico.

[22] Caso Lautsi e outros v. Itália, n.º 30814/06, de 18 de março de 2011.

Argumentando contra uma alegada supremacia do catolicismo, o governo italiano afirma a inviabilidade do argumento segundo o qual um elemento, ainda que indissociável da religião católica, possa pôr em causa a liberdade da generalidade dos indivíduos de maneira incompatível com a Convenção. O ordenamento italiano tenta contornar a questão, reconduzindo a este símbolo intrínseca e indubitavelmente ligado à religião católica, um catálogo de valores humanistas e basilares da democracia, extensíveis a todos os crentes e não crentes, extravasando em termos argumentativos em larga escala a vertente religiosa pura e dura que lhe é associada. Esgotadas as vias internas, desde a direção da escola ao Tribunal Administrativo, junto do qual tentou a intervenção do Tribunal Constitucional, legitimando-se a presença do crucifixo enquanto elemento da identidade cultural italiana, Soile Lautsi dirigiu as suas inquietações ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A autora reconduz a presença do crucifixo a um estado confessional absolutamente incompatível com o princípio constitucional de laicidade do Estado atual, em direta colisão com o direito à liberdade religiosa estatuído pelo artigo 9.º da Convenção. O TEDH reafirma a obrigatoriedade de abstenção do Estado na formação de convicções deste cariz íntimo e individual, designadamente junto de crianças e jovens, público mais facilmente influenciável pela sua vulnerabilidade e imaturidade, características indissociáveis destes estádios de desenvolvimento. Em oposição aos argumentos avançados pelos órgãos italianos quanto à multiplicidade de significados atribuíveis ao crucifixo, o TEDH reafirma a predominância da aceção religiosa associada a este símbolo, o que poderá desaguar numa impossibilidade de total objetividade do ensino público.

O TEDH concluiu pela necessidade de retirada daquele símbolo dos espaços de ensino públicos, atendendo à pressão religiosa exercida sobre toda a comunidade crente e não crente, sob pena de, em consonância com o princípio de neutralidade do Estado, al manutenção incompatibilizar-se com o direito a uma educação livre da pressão de convicções exteriores ou forçadas[23].

Ora, não será de estranhar a onda de indignação gerada com tal decisão em Itália, o que deixa desde já antever a hostilidade com que são tratadas todas as

[23] Para mais desenvolvimentos acerca dos casos abordados, cf. JERÓNIMO, 2010.

questões relacionadas com outras religiões, nomeadamente a muçulmana. O governo italiano vem desde logo usar a seu favor o argumento esgrimido no caso *Sahin v. Turquia*, o qual reconhece a margem de apreciação delegada aos Estados em matéria religiosa, porquanto reflexo das tradições histórico-culturais, derivada da ausência de uniformização de uma visão europeísta quanto a este domínio. No entanto, ainda que reconhecida uma pluralidade de meios aptos a regular as questões entre Estado e religião, um dos valores comuns aos europeus é exatamente a separação entre igreja e Estado, o que vai ao encontro da tutela da autonomia pessoal tal como estatuída pelo artigo 8.º da Convenção[24].

5. O direito de exercício da liberdade religiosa no contexto laboral na União

A religião enquanto convicção molda o indivíduo no seu mais íntimo, marcando fortemente presença em todas as facetas da sua vida. Esta omnipresença da crença, ou absoluto ceticismo, se for o caso, a par da vertente espiritual e mental em que se encasula, pode fazer-se acompanhar por óbvios e visíveis sinais que a denunciem. Quando assim seja, os professantes de determinada religião são-lhe facilmente reconduzíveis pela manifestação de diversos motes exteriores que o justifiquem, os quais podem ir desde a devoção em público pela prática de rituais ou orações, ao uso de acessórios ou de peças de roupa.

No delicado atual contexto da União, em que se tenta fazer frente à maior crise de refugiados historicamente reportada nos últimos anos, a aceitação de minorias e respetivas religiões, nomeadamente de comunidades islâmicas, atendendo à respetiva associação a movimentos extremistas e terroristas que assolam e ameaçam o mundo ocidental, tem-se tornado num verdadeiro desafio a todos os níveis. Prova disso, tem sido o crescente número de casos relativos à aplicação de restrições à liberdade religiosa no seio destas comunidades, quer num contexto público, quer num contexto

[24] De cujo teor se garante que "[q]ualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência."

privado, o que levanta sérias dúvidas quanto à efetividade de um estatuto igualitário e não discriminatório neste domínio. Sobressai a relutância face ao incógnito e ao desconhecido na adoção de medidas extremas a aplicar a civis, justificadas publicamente enquanto meios efetivadores de uma tutela de segurança. Ora, basta recordar alguns escandalosos e desproporcionados casos como o sucedido numa praia de França, relativo ao uso do *Burkini,* para percecionar a crescente tendência impositiva de abolição das vestes típicas muçulmanas, em nome da suposta restituição da paz social que daí deverá advir.

Face às questões de descriminação e aplicação inócua do princípio da igualdade relativamente à comunidade islâmica, nomeadamente em contexto laboral, tal tendência chegou inclusivamente ao Tribunal de Justiça, sob a forma de reenvio de questões cujo esclarecimento se afigura como necessário para a boa decisão da causa em termos internos. Neste ponto, reflexo da complexidade de fontes normativas inerentes a estas questões, iremos diligenciar pela análise de dois casos conexos juridicamente enquadrados na Diretiva 2000/78/CE[25], alvo de pronúncia pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Em ambas as questões estão em causa dúvidas quanto à legitimidade de restrições impostas ao *forum externum* da liberdade religiosa, no contexto laboral do setor privado. Para além das diversas questões merecedoras de reflexão por eles suscitadas, estes casos consubstanciam uma novidade no seio das temáticas até agora abordadas em sede de reenvio pelo Tribunal de Justiça, ganhando especiais contornos o facto de em causa estar a religião islâmica. A questão levantada nos casos *Achbita*[26] (ocorrido na Bélgica), e no caso *Bougnaouni*[27] (originário de França) procura esclarecer se pode um empregador privado proibir uma trabalhadora de religião muçulmana de usar um lenço na cabeça no local de trabalho – e se, perante

[25] Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, ato normativo que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, e visa "estabelecer um quadro geral para lutar contra a discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no que se refere ao emprego e à atividade profissional, com vista a pôr em prática nos EstadosMembros o princípio da igualdade de tratamento" (doravante designada apenas por diretiva).

[26] Processo C-157/15, de 14 de março de 2017.

[27] Processo C-188/15, de 14 de março de 2017.

a recusa de seguir aquela orientação, saber se pode o empregador despedir a trabalhadora em causa.

A situação belga reporta-se a 2003, altura em que S. Achbita, de confissão muçulmana, foi contratada para trabalhar como rececionista por conta da G4S, empresa privada prestadora de serviços na área da receção e acolhimento a clientes. À data vigorava na empresa uma regra não escrita, por força da qual era vedado aos seus funcionários o uso de sinais visíveis das suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas, no respetivo posto de trabalho. Não obstante, em 2006, S. Achbita informou os seus superiores de que tencionava, a partir de então, usar o lenço islâmico durante as horas de trabalho, tendo obtido como resposta que o respetivo envergar do véu não seria tolerado, uma vez que tal comportamento resultava contrário à neutralidade pretendida pela empresa. Posteriormente, e após um período de ausência por doença, S. Achbita comunicou ao seu empregador a data concreta em que reintegraria a empresa, reiterando, uma vez mais, o seu *animus* no uso do lenço. Em confronto com o pretendido pela trabalhadora, o conselho de empresa da G4S aprovou uma alteração do regulamento interno nos termos da qual "é proibido aos trabalhadores usar, no local de trabalho, sinais visíveis das suas convicções políticas, filosóficas ou religiosas ou praticar qualquer ritual decorrente de tais convicções". Dadas as circunstâncias, S. Achbita foi despedida devido à sua intenção ininterrupta de, enquanto muçulmana, apresentar-se com o lenço islâmico no seu local de trabalho.

A trabalhadora viu a sua pretensão de impugnação do respetivo despedimento preterida pelo Tribunal do Trabalho de Antuérpia (Bélgica), ao ter julgado improcedente a respetiva ação por si intentada. Face aos factos, S. Achbita recorreu da decisão proferida para o Tribunal do Trabalho de Segunda Instância de Antuérpia. Desta, foi-lhe negado provimento ao recurso com fundamento na impossibilidade da consideração deste despedimento como injustificado, porquanto a proibição geral em causa não implicava discriminação direta, visto que à disposição regulamentar interna violada subjazia um caráter manifestamente geral, uma vez abrangidos uniformemente todos os trabalhadores da empresa. Por outro lado, não sendo sequer indiciariamente presumível a existência de qualquer discriminação indireta, violação

da liberdade individual ou até mesmo da liberdade de religião, o órgão jurisdicional de apreciação justificava a impossibilidade de consideração deste despedimento como ilícito, visto que tal não se reportava à fé muçulmana concretamente professada pela trabalhadora, mas pela insistência da vontade de a manifestar através do uso do véu, de forma expressa e visível, durante as horas de trabalho.

Contra a pretensão da trabalhadora, afirmava ainda a instância jurisdicional belga que nenhum facto permitia presumir a adoção, por parte da empresa, de um comportamento mais conciliatório relativamente a outro trabalhador que se encontrasse numa situação comparável, designadamente relativamente a um trabalhador com outras convicções religiosas ou filosóficas que recusasse permanentemente respeitar aquela proibição. Resiliente a tais decisões, S. Achbita alegou no seu recurso de cassação que, ao considerar como um requisito neutro a convicção religiosa em que se baseia a proibição decretada pela G4S, e face à ausência de qualificação desta restrição como desigualdade de tratamento entre os trabalhadores que usam lenço islâmico e os que não usam (pelo facto de a referida limitação ter como âmbito aplicativo a generalidade dos trabalhadores e não apenas uma convicção religiosa determinada), o Tribunal do Trabalho de Segunda Instância de Antuérpia desvirtuou os conceitos de *discriminação direta* e de *discriminação indireta* na aceção do artigo 2.º, n.º 2[28] da diretiva, tornando-os desprovidos de efeito útil.

Neste contexto, o Tribunal de Cassação Belga, enquanto órgão julgador de última instância, no exímio cumprimento do poder-dever que lhe é atribuído à luz do artigo 267.º do TFUE[29], valeu-se do mecanismo de reenvio prejudicial ao serviço dos

[28] Na aceção da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º, "[c]onsidera-se que existe discriminação direta sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.o, uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável"; à luz da respetiva alínea b) "[c]onsidera-se que existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja suscetível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas."

[29] Nos termos do qual "[o] Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada

tribunais funcionalmente europeus em matéria de interpretação e validade de normas supranacionais, tendo para o efeito suspendido a instância e perguntado ao Tribunal de Justiça se deve a definição constante do artigo 2.º, n.º 2, alínea a) da diretiva ser interpretada no sentido de que a proibição de uma trabalhadora muçulmana usar um lenço no local de trabalho não constitui uma discriminação direta, caso tal restrição se aplique igualmente a todos os trabalhadores quanto ao uso de sinais exteriores de convicções políticas, filosóficas e religiosas.

Paralelamente, o caso francês – que se enquadra no âmbito *aplico interpretativo* do artigo 4.º n.º1[30] da referida diretiva –, tem como fundamento o litígio que opunha a trabalhadora Asma Bougnaoui e a Associação de Defesa dos Direitos do Homem, por um lado, à empresa Micropole SA, por outro, relativamente ao despedimento daquela trabalhadora motivado pela recusa em retirar o lenço islâmico quando efetuava deslocações profissionais aos clientes desta empresa. Em fevereiro de 2008, data de início do estágio de A. Bougnaoui na empresa, a estagiária usava uma simples bandana, tendo só posteriormente adotado o uso do véu. Findo o período de estágio, esta foi integrada a título definitivo na empresa, na qualidade de engenheira de projetos, ao abrigo de um contrato por tempo indeterminado. No entanto, sucede que, após convocatória para uma entrevista prévia a um eventual despedimento, a trabalhadora foi efetivamente despedida por carta, em junho de 2009, de cujo teor se extrai que subjacente a tal decisão se encontrou o uso do véu islâmico junto de clientes da empresa.

---

perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível."

[30] Sob a epígrafe *Requisitos para o exercício de uma atividade profissional,* estatui no seu n.º1 que "[s]em prejuízo do disposto nos n.os 1 e 2 do artigo 2.o, os Estados-Membros podem prever que uma diferença de tratamento baseada numa característica relacionada com qualquer dos motivos de discriminação referidos no artigo 1.o não constituirá discriminação sempre que, em virtude da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto da sua execução, essa característica constitua um requisito essencial e determinante para o exercício dessa atividade, na condição de o objetivo ser legítimo e o requisito proporcional."

A empresa alega a publicidade junto dos seus trabalhadores da política de neutralidade e discrição vigente no que concerne à liberdade de opinião e às convicções religiosas de cada qual, quando em causa situações que envolvam contacto direto com os respetivos clientes. Face ao não cumprimento destas regras pelo constante e reiterado uso do véu pela trabalhadora, e ainda que lamentando o sucedido, pois tratava-se de uma boa profissional, a empresa vislumbrou justificado por legítimo o respetivo despedimento. O envergar do véu pela trabalhadora no contexto laboral, designadamente quando em contacto com os clientes, ato em confronto com a posição adotada pela empresa, levou à insustentabilidade da manutenção do vínculo existente e, portanto, à respetiva resolução do contrato pela entidade empregadora. Inconformada e alegando ter sido alvo de tratamento discriminatório, a trabalhadora intentou a respetiva ação judicial no Tribunal de Trabalho de Paris, França. Na decisão proferida, o órgão jurisdicional condenou a Micropole no pagamento de uma indemnização pelo incumprimento do período de préaviso, tendo, no entanto, negado provimento ao recurso quanto ao restante, por considerar que a restrição à liberdade era proporcional aos objetivos da empresa e, portanto, legítima de acordo com princípios de necessidade e proporcionalidade.

Face aos acontecimentos, A. Bougnaoui, apoiada pela Associação de Defesa dos Direitos do Homem, interpôs recurso dessa decisão para o Tribunal de Recurso de Paris, o qual veio a confirmar a decisão anteriormente proferida pelo Tribunal de Trabalho Francês. Uma vez mais, a trabalhadora conjuntamente com a Associação de Defesa dos Direitos do Homem, interpôs recurso para o Tribunal de Cassação Francês, Tribunal de última instância, afirmando ainda a violação do Código de Trabalho Francês pelo não provimento do recurso interposto anteriormente. Nestes termos, afirmavam as recorrentes a inadmissibilidade de restrições à liberdade religiosa pela suscetibilidade de ferir a sensibilidade de terceiros sem que tal resvalasse em discriminação, restrições que eventualmente poderiam encontrar justificação à luz de condições técnicas para o exercício das tarefas incumbidas – o que não sucedia no presente caso.

Recorrendo à jurisprudência do Tribunal de Justiça, o tribunal francês de última instância recorda que não resta margem para dúvidas de que o facto de uma entidade

empregadora declarar publicamente a sua intenção de não contratar trabalhadores de certa origem étnica ou racial constitui uma discriminação direta a nível da contratação.[31] Todavia, subsiste algo a esclarecer quanto à questão de saber se o artigo da diretiva relativo aos requisitos para exercício de uma atividade profissional deve ser interpretado no sentido de que o desejo de um cliente de que as prestações de serviços contratadas deixem de ser asseguradas por um trabalhador com base num dos motivos previstos na diretiva constitui requisito profissional essencial e determinante em razão da natureza da atividade profissional em causa ou das condições inerentes à respetiva execução. Nestas circunstâncias, a instância foi suspensa e tal questão submetida ao crivo de apreciação do Tribunal de Justiça.

Uma vez apresentados detalhadamente os litígios na base destes reenvios, convola-se a averiguação e subsequente definição do tipo de discriminação aqui em causa. Ora, tal resposta deverá ser encontrada à luz do artigo 2.º da mencionada diretiva, segundo a qual existe discriminação direta sempre que uma pessoa seja objeto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável; e existe discriminação indireta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja suscetível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, comparativamente com outras pessoas – a não ser que essa disposição, critério ou prática sejam objetivamente justificados por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários.

Analisando as conclusões tecidas pelas Advogadas-gerais dos processos em apreço, ambas concordam com a submissão de tal restrição a uma discriminação indireta, uma vez que tal regra proibitiva de manifestações expressas e públicas de convicções pessoais é suscetível de colocar os trabalhadores crentes em situação de desvantagem face a outros. Todavia, ambas as conclusões em análise apontam em sentido divergente quanto à submissão desta restrição a uma discriminação direta. A correta circunscrição do caso no âmbito da discriminação direta ou

[31] Na aceção da Diretiva 2000/43/CE do Conselho, de 29 de junho de 2000, tal como proferido no acórdão de 10 de Julho de 2008, no âmbito do caso Feryn, Processo C-54/07

indireta é juridicamente relevante, pois as justificações concebíveis para a diferença de tratamento podem resultar direta ou indiretamente da religião. Por outro lado, quando as medidas tomadas sejam justificadas pela prossecução de fins específicos, uma discriminação direta em função da religião é mais dificilmente defensável do que uma discriminação indireta nesse mesmo sentido.

No caso belga, a Advogada-geral afirma estar em causa uma proibição de exteriorização ideológica geral, baseada numa política empresarial de caráter neutro, que se estende a todas as convicções e não especificamente à religião muçulmana. Perante tal factualidade, o que pode suceder é que os trabalhadores que pretendam exprimir ativamente uma determinada convicção – seja ela de caráter religioso, político ou filosófico – experienciem uma situação desfavorável face aos seus colegas que não sentem essa mesma necessidade. No entanto, conclui que tal situação não constitui um *tratamento menos favorável* direta e especificamente relacionado com a religião, nem tal consubstancia um *tratamento menos favorável* da religião muçulmana face a outras religiões. Acrescendo que tal medida neutralizadora pode ser legítima, se justificada ao abrigo da 2.ª parte da alínea b) do n.º 2, do artigo 2.º[32] da mencionada diretiva. Assim, sugere que o Tribunal de Justiça conclua pela inexistência de uma discriminação direta no caso do recorrente *Achbita*, ficando-se pela afirmação de uma discriminação indireta.

O Tribunal de Justiça entendeu que, aplicando-se um princípio de neutralidade de modo geral e indiferenciado a todos os trabalhadores face ao uso de qualquer sinal visível relativo a convicções políticas, filosóficas ou religiosas, há que concluir que não está em causa uma regra que institui uma diferença de tratamento diretamente baseada na religião ou nas convicções, na aceção da diretiva. O TJUE vê preenchido o requisito da necessidade desta restrição, uma vez que aquela opera em ordem

[32] À luz do qual se exclui a ilicitude do comportamento se "i) essa disposição, critério ou prática sejam objetivamente justificados por um objetivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários, ou que, ii) relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a presente diretiva, seja obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, de acordo com os princípios previstos no artigo 5.º, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes dessa disposição, critério ou prática."

à manutenção de critérios de transparência e imparcialidade nas relações com os clientes, o que deve ser considerado um objetivo legitimo. No presente caso, estava em colisão a manifestação da liberdade religiosa (enquanto parte integrante do respetivo direito fundamental do qual se fragmenta) com a liberdade da empresa (também prevista enquanto direito fundamental na Carta)[33].

Na aceção do TJUE, à luz desta última liberdade, a política de neutralidade seguida deve ser considerada lícita se funcionando ao serviço do intento do empregador da transmissão de uma imagem livre do cunho pessoal de cada trabalhador[34]. No que concerne ao âmbito em que opera com legitimidade, tal restrição deve atuar apenas quando estritamente necessário e neste sentido recair unicamente sobre os assalariados diretamente em contacto com os respetivos clientes da empresa[35]. Ainda quanto ao caráter pertinente de uma regra como esta, afirma o TJUE que incumbe ao órgão jurisdicional de reenvio aferir se poderia ter sido proposto pela entidade empregadora transferência para um posto de trabalho que não implicasse contacto visual com os clientes. Face ao exposto, no caso belga, a decisão conclui pela legitimidade de uma regra interna de uma entidade privada nos termos supracitados, sem submeter tal situação a uma discriminação direta em razão da religião ou das convicções, na aceção da diretiva. Todavia, afirma a suscetibilidade de imputação de tal norma a uma discriminação indireta na aceção da diretiva, caso seja demonstrado que a obrigação aparentemente neutra implica efetivamente uma desvantagem específica para as pessoas que seguem uma determinada religião ou determinadas convicções,

[33] O artigo 16.º da CDFUE prevê o direito fundamental de liberdade da empresa, tal como "reconhecida (…), de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais."

[34] Tal como consta da fundamentação da decisão do TJUE "[n]o que se refere, em segundo lugar, ao caráter adequado de uma regra interna como a que está em causa no processo principal, há que observar que o facto de proibir aos trabalhadores o uso visível de sinais de convicções políticas, filosóficas ou religiosas é apto a garantir a boa aplicação de uma política de neutralidade, caso essa política seja verdadeiramente conduzida de uma forma coerente e sistemática (v., neste sentido, acórdãos de 10 de março de 2009, Hartlauer, C 169/07, EU:C:2009:141, n. 55, e de 12 de janeiro de 2010, Petersen, C 341/08, EU:C:2010:4, n. 53)."

[35] Cf. ponto 39 da decisão a qual afirma que a "interpretação segundo a qual a prossecução desse objetivo permite, dentro de certos limites, restringir a liberdade de religião é, aliás, corroborada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativa ao artigo 9.º da CEDH (v. TEDH, acórdão de 15 de janeiro de 2013, Eweida e outros c. Reino Unido, CE:ECHR:2013:0115JUD004842010, n. 94)."

exceto se objetivamente justificada por um fim como a prossecução por parte do empregador, nas relações com os seus clientes, de uma política de neutralidade, e se os meios para realizar esse fim forem adequados e necessários, algo que o tribunal interno deverá averiguar.

Contrariamente, no caso francês, a Comissão defende que a existência de uma regra no regulamento interno de uma empresa que proíbe os respetivos trabalhadores de usarem símbolos ou vestuário religioso, quando em contacto com os clientes, significa uma discriminação direta em razão da religião ou das convicções, e que tal não deixa margem para dúvidas se aplicado exclusivamente ao uso do lenço islâmico. Como argumento, reitera a inclusão da exteriorização da crença no direito fundamental de liberdade religiosa. Ainda que tal não esteja expresso na diretiva em análise, depreende-se indubitavelmente pela análise do espírito e letra dos artigos 9.º da Convenção e 10.º da Carta. Afirma ainda que o facto de a diretiva ser omissa relativamente à dimensão externa da liberdade religiosa desagua no risco de privação da tutela que aquela visa exatamente garantir. Assim, defende a impossibilidade de conclusão diferente que "não a de que, em razão da sua religião, A. Bougnaoui foi objeto de tratamento menos favorável do que aquele que seria dado a outra pessoa em situação comparável. Um engenheiro ou uma engenheira de projetos a trabalhar na Micropole que não tivesse optado por manifestar as suas convicções religiosas através do uso de uma determinada peça de vestuário não teria sido despedido(a)"[36].

Em resposta ao pedido prejudicial remetido, começa o Tribunal de Justiça por reformular o alcance da questão em análise, esclarecendo que o que o órgão jurisdicional de reenvio pretende ver interpretado é se à luz do estatuído na diretiva, o facto de um empregador atender aos desejos de um cliente – designadamente que as prestações dos serviços contratados deixem de ser asseguradas por uma trabalhadora que usa um lenço islâmico – pode ser considerado como um requisito profissional essencial e determinante na aceção da diretiva. A título de enquadramento, recorda o TJUE a inserção da presente questão no quadro geral de luta contra a

[36] Cf. ponto 87 e 88 das conclusões da Advogada-geral Eleanor Sharpston, apresentadas em 13 de julho de 2016, no âmbito do processo C-188/15.

discriminação em razão da religião ou das convicções, de uma deficiência, da idade ou da orientação sexual, no emprego e na atividade profissional, com vista a dar efetividade nos distintos Estados-Membros ao princípio da igualdade de tratamento. Num segundo plano, remetendo para a decisão proferida no caso belga, coloca por hipótese a legitimidade daquela diferenciação de tratamento se baseada num critério de neutralidade de aplicação geral, unicamente aplicada em situações ponderadas, na medida do estritamente indispensável.

No entanto, atendendo ao estado da arte constante da questão, sempre cumpre apreciar se a vontade de um empregador de ter em conta o desejo de um cliente de que as prestações deixem de ser asseguradas por uma trabalhadora que, como A. Bougnaoui, usa um lenço islâmico, constitui um requisito profissional essencial e determinante. Na aceção do Tribunal, tal como consta de diversa jurisprudência[37], resulta que não é o motivo em que se baseia a diferença de tratamento, mas uma característica relacionada com esse motivo, que deve constituir um requisito profissional essencial e determinante. Acresce ainda que, decorrente da conformidade que se impõe com a letra da diretiva[38], apenas em circunstâncias extremamente excecionais uma característica relacionada, designadamente, com a religião, pode constituir um requisito profissional essencial e determinante, isto é, objetivamente justificado pela natureza da tarefa a desempenhar.

A característica em causa só pode constituir um requisito válido em razão da essência da atividade profissional ou do respetivo âmbito de execução. Esclarece-se cabalmente que considerações subjetivas de vontade não podem estar abarcadas pelas condições justificativas de uma aceitável diferença de tratamento. Por conseguinte, face à questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, a vontade da entidade patronal de ter em conta os desejos de um cliente de que as prestações de serviços deixem de ser asseguradas por uma trabalhadora que usa um lenço islâmico, não

[37] Neste sentido cf., designadamente, o acórdão proferido no âmbito do caso Wolf, de 12 de janeiro de 2010, processo C- 229/08, ponto n.º 35; o acórdão relativo ao caso Prigge, de 13 de setembro de 2011, processo C-447/09, n.º 66; o acórdão de 13 de novembro de 2014, Vital Pérez, processo C-416/13, n.º 36; o acórdão de 15 de novembro de 2016, Salaberria Sorondo, processo C-258/15, n.º 33

[38] Cf. considerando 23

pode ser considerada um requisito profissional essencial e determinante na aceção da diretiva, consubstanciando uma situação de discriminação intolerável.

Num espaço pertencente a todos e dominado por nenhum, é uma vez mais notória a relutância do Tribunal de Justiça em tomar claramente uma decisão uniforme de caráter geral e abstrato, passível de aplicação a todas as situações semelhantes. Assim, optando por uma construção jurisprudencial casuística, designadamente em sede de terrenos tão férteis quanto perniciosos como conseguem ser os direitos fundamentais e a religião, o Tribunal da União veste diferentes posições quanto a ambos os casos, aparentemente idênticos. Com tal postura, nutre a simpatia de diferentes alas setoriais da sociedade por um lado, enquanto se distancia de possíveis situações de confronto ou rutura, por outro. Do caráter legítimo da restrição imposta no Reino da Bélgica, à discriminação operada no caso Francês, apenas difere a consideração de um descompasso entre o âmbito de aplicação dos critérios de neutralidade seguidos pelas empresas.

Enquanto que na Bélgica, a norma subjacente ao caso foi considerada pré-existente relativamente à situação de despedimento despoletada, bem como de aplicação indiscriminada a qualquer trabalhador da empresa, no caso francês parece tratar-se de uma norma *ad hoc*, criada para fazer face à concreta e pontual demanda de um cliente da empresa. Ora, ainda que em sede de consumo, particularmente na sua vertente privada, como nos casos em apreço, vigore a máxima de que "o cliente tem sempre razão", nunca se poderá justificar um despedimento manifestamente discriminatório como forma de ir ao encontro das expectativas do consumidor. Numa tentativa de salvaguarda de ambos os lados de uma mesma querela, com recurso à legitimação de práticas que segreguem a presença da religião da vida laboral, em simultâneo com o reconhecimento do direito à liberdade religiosa enquanto direito fundamental concedido a qualquer cidadão, as deliberações do Tribunal de Justiça situadas numa espécie de limbo decisório, espelham a manifesta e ampla inquietação que tais questões trazem à colação.

6. Conclusão

Sendo a matriz da União a liberdade e o mote a diversidade, assistimos ao desenrolar das cenas dos últimos capítulos com alguma preocupação. Dos impactos económicos aos sociais que daí poderão advir, não é fechando fronteiras, segregando a diferença ou abandonado a família europeia que se ultrapassam as dificuldades. Acreditamos que a força deste projeto reside na tolerância e na preservação da pluralidade, sempre com o inerente respeito pelos direitos fundamentais como pedra angular de uma sociedade democrática e de direito. Por estes motivos, é com alguma apreensão e relutância que analisamos o posicionamento que o TEDH tem vindo a assumir em matéria de direitos das minorias, tendo em conta a aprovação da crescente intolerância religiosa espelhada nas medidas adotadas internamente pelos diferentes Estados signatários da Convenção Europeia.

Estão em causa medidas protecionistas e retrógradas, as quais contendem com a religiosidade enquanto parte incontornável do mais íntimo da pessoa humana, restringindo-a em moldes desproporcionados. Em plena sociedade da informação, na qual se analisa à luz de uma visão suficientemente ampla o significado dos símbolos religiosos, com especial atenção pelos símbolos islâmicos, não se compreende a legitimação e aceitação em sede de recurso por instâncias que deveriam perspetivar estes domínios com olhos mais abrangentes e uma mente mais aberta, de medidas discriminatórias e atentatórias contra um direito fundamental e nos concretos casos em apreço, contra a mulher professante de determinada religião.

O paternalismo constante da visão turva do Tribunal, que julga libertar a mulher muçulmana de uma suposta imposição religiosa ou de uma submissão à vontade masculina, deixa antever a tentativa de coação a um modo e estilo de vida incompatíveis com a pacífica convivência de uma multiplicidade de culturas e tradições num mesmo espaço. As raízes etimológicas do conceito de religião reconduzem-nos ao latim *religare,* vocábulo que encetava a união na sua conceptualização. Pelo que, a intolerância religiosa cai na incongruente contradição daquilo que é a própria religião no seu sentido mais íntimo.

Face aos novos desafios que a União enfrenta e às problemáticas que daí emergem, percecionamos o aprofundar do fenómeno da *interconstitucionalidade* nas mais variadíssimas vertentes, como a possível via de amenização da crise de identidade que a Europa atravessa. Urge como essencial a articulação dos diversos instrumentos jurídicos coexistentes num mesmo campo de atuação, em prol de uma tutela efetiva e da existência de uma situação de paridade entre os diferentes cidadãos. Não é necessariamente um retrocesso pelo qual o processo integrador está a passar, uma vez que a atual situação não encontra um real paralelismo com situações passadas. No entanto, enquanto uma inovadora forma de governação, surge como prioridade o estabelecimento de uma verdadeira cooperação baseada na tolerância e no respeito, com vista à subsistência desta comunidade que anseia crescimento e sustentabilidade.

Referências bibliográficas

Documentos impressos

CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Europeu. O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*. 6.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. 776 p. ISBN 978-972-32-1812-1

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *"Brancosos" e Interconstitucionalidade. Itenerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2012. 346 p. ISBN 978-972-40-3485-0

SILVEIRA, Alessandra. *Princípios de Direito da União Europeia: doutrina e jurisprudência*. 2.ª edição. Lisboa: Quid Juris, 2011. 255 p. ISBN 978-972-724-554-3

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (coordenação). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013. 648 p. ISBN 978-972-40-5120-8

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira (coordenação). *Direito da União Europeia: elementos de direito e políticas da União*. Coimbra: Almedina, 2016. 1247 p. ISBN 978-972-40-6143-6

Documentos eletrónicos

Conclusões apresentadas pelos Advogados Gerais no âmbito dos processos C-188/15 (14 de março de 2017); C-157/15 (14 de março de 2017).

FERNANDEZ, Sophie Perez. O Tribunal de Justiça e o respeito pela identidade (constitucional) nacional dos Estados-Membros. In: ROCHA, Joaquim Freitas da. *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho:* ética e direito. Braga: Departamento de Ciências Jurídicas Públicas da EDUM, 2013. Disponível em: <https://www.direito.uminho.pt/pt/Publicacoes/Paginas/Ebooks.aspx>.

JERÓNIMO, Patrícia. Símbolos e símbolos – O véu islâmico e o crucifixo na jurisprudência recente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Scientia Iuridica*, n.º 323, 2010, Tomo LIX. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/>.

SILVEIRA, Alessandra; FERNANDEZ, Sophie Perez. Unveiling the meaning of freedom of religion in the workplace. *Blog da revista UNIO*, Editorial de novembro de 2016. Disponível em: <https://officialblogofunio.com>.

Regulação nacional e transnacional multinível: o direito administrativo global nos casos de direito da concorrência no Brasil e de gestão da internet na Ásia

National and transnational multilevel regulation: global administrative law in the cases of competition law in Brazil and Internet management in Asia

Arnaldo Sobrinho de Morais Neto[*]/José Ernesto Pimentel Filho[**]

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo correlacionar o direito da concorrência e o direito administrativo global sob a perspectiva da regulação transnacional multinível. O debate teórico acerca da Global Administrative Law estabelece os parâmetros essenciais para pesquisas deste tipo. Procura-se assim detalhar o panorama que possibilitou as mudanças na forma como os Estados, organizações e pessoas passaram a se relacionar sob uma perspectiva econômica e comercial de caráter transnacional, bem como a forma em que se operou a mudança de um sistema bilateral para um sistema multilateral de solução de controvérsias, tendo por base o soft law. A forma como organizações supranacionais cooperam no sentido de estabelecer uma regulação transnacional para solucionar questões jurídicas que não possuem soluções ofertadas pelos mecanismos formais no âmbito judicial compõe o cenário da presente abordagem. Uma atenção especial é dada à lei de concorrência no Brasil e à gestão de Internet na Ásia.

PALAVRAS-CHAVE: direito da concorrência; direito administrativo global; soft law; regulação transnacional; gestão da Internet.

ABSTRACT: This study aims to correlate competition law and global administrative law from the perspective of multilevel transnational regulation. The theoretical debate on Global Administrative Law sets required parameters

[*] Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), João Pessoa/PB/Brasil.

[**] Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e Professor do Departamento de História da UFPB. A colaboração deste autor foi possível graças à sua participação como pesquisador visitante de estudos pós-doutorais em direito constitucional na Universidade de Fortaleza, UNIFOR, sob a supervisão da professora Gina Pompeu, com o financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES.

that congregate such a kind of study. The authors describe the panorama that enabled changes in the way countries, organizations, and people have begun to relate from economic and business perspective of the transnational character, as well as the way in which it operated shifts from a bilateral system towards multilateral systems of dispute settlement, drawn on the soft law. It seeks to unveil the backdrop about how supranational organizations cooperate to establish a transnational regulation to resolve legal issues that have no solutions offered by formal mechanisms in the legal context forms. Particular attention is given to the competition act in Brazil, and Internet management in Asia.

KEYWORDS: competition law; global administrative law; soft law; transnational regulation; Internet management.

1. Introdução

As transformações inerentes ao processo histórico vivenciado pela sociedade repercutem na forma como as normas são postas a fim de cumprir sua principal função: regular a vida social a partir das partes envolvidas, tornando possível a emergência de uma decisão. Neste sentido, as normas visam a razoabilidade e a satisfação de necessidades a partir de situações concretas de disputa. Não existe um parâmetro estatutário codificado, mas uma construção progressiva de procedimentos para arbitrar as disputas. Tal contexto não é operado com o predomínio da substância normativa estatal, nem procedimentos restritos ao espaço nacional.

O processo de expansão das normas e procedimentos se dá de forma celular e difusa, mas tende a encontrar uma larga profissionalização numa arbitragem globalizada. Estes processos de transformação, plasmados na efervescência da globalização, devem repercutir nas escolas de Direito, especialmente numa sociedade marcada pela tecnologia da informação, ocasionando o surgimento de novos padrões de relacionamentos entre os Estados, organizações e pessoas – a crescente predominância de uma ambiência de replicação global de normatividades.

É nesta novel fronteira onde as relações entre os Estados foram potencialmente aperfeiçoadas que, no âmbito das relações internacionais, operando num modelo *hard law*, emergiu um padrão de diálogo multilateral e transnacional entre os Estados e Organizações e, por consequência, entre as pessoas que passaram a interagir neste novo mundo.

Tendo por base as ideias de Krisch, Kingsbury e Stewart, em projeto desenvolvido no âmbito da Escola de Direito da *New York University*, é discutida aqui a abordagem sobre o surgimento de um padrão de regulação no direito transnacional que aqueles pesquisadores denominam de direito administrativo global. Tal padrão oferta um novo olhar sobre como os sistemas jurídicos se aperfeiçoam para regular campos de atuação que carecem de uma regulação mínima através de *soft law*.

O presente trabalho tem por objeto aperfeiçoar esta nova dimensão jurídica proporcionada pela reflexão sobre o direito administrativo global adicionando questões conexas e o caráter multinível em que tais disciplinamentos operam. A abordagem procura focar, assim, o panorama para a emergência do direito administrativo global, o elenco de elementos essenciais, sua correlação com organizações supranacionais como instâncias de cooperação e regulação transnacional e as conexões com o direito da concorrência, para um caso, e a gestão de Internet, para outro caso, numa perspectiva de conjugação com o *soft law* como mecanismo de regulação administrativa.

2. O panorama para emergência de um direito administrativo global

O arcabouço basilar a sustentar a emergência de um direito administrativo global pressupõe, inexoravelmente, a existência e consolidação de novos espaços globais que passaram a ser reconfigurados no pós-guerra fria, plasmados no desenrolar da revolução tecnológica e normatizados em face da reconfiguração dos ditos espaços e/ou zonas de influência que emergiram a partir dos novos arranjos, conexos, portanto, aos novos padrões de emergência da nova globalização, "[...] uma rede cada vez maior de fluxos intercâmbios que ligam todas as partes da economia mundial ao sistema global", como afirma Hobsbawm (2008, p. 91; 1994).

A reconfiguração dos espaços globais, pós período de grande depressão (1914-1991), acelerou drasticamente o processo de globalização, removeu muitas barreiras à concorrência econômica, converteu-se num importante vetor para o

crescimento global e revelou, de modo notável, novos *players*, como afirma Friedman (FRIEDMAN; MANDELNAUM, 2012).

Assevere-se, entretanto, que embora a transição do séc. XX para o séc. XXI tenha condensado os maiores feitos que aceleraram o processo de globalização, o fenômeno não pode ser visto como um fenômeno estanque, mas a evolução natural de uma sequência de fatos que se desenrolou ao longo de um processo histórico, notadamente, como fatos que estão conectados em face do próprio desenvolvimento humano. "A globalização não é um fato acabado, mas um processo em marcha" (IANNI, 2008, p. 23).

Noutro norte, tem-se outro importante momento histórico que antecedeu a este marco significativo (fim da Guerra Fria): o encerramento da Segunda Grande Guerra Mundial e a criação de organismos internacionais que passariam a ditar as regras dos espaços globais, notadamente a Organização das Nações Unidas que passou a congregar e harmonizar importantes organizações intergovernamentais, mesmo anteriores a ela, como é o caso da OIT (Organização Internacional do Trabalho) e outras que foram instituídas após a sua efetivação: a FAO (Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura), a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciências e Cultura), a OMS (Organização Mundial de Saúde), a OMC (Organização Mundial do Comércio), etc. Vivemos, portanto, uma era de globalização jurídica (MATIAS, 2015).

Neste sentido, tendo por base essencialmente as questões de ordem econômica a permear a "sociedade global"[1] – como "confluência histórica de diversos elementos, sob o influxo de variáveis importantes, em que interagem múltiplos atores mediante mecanismos de grande complexidade" (OLSSON, 2013, p. 112) –, havia a necessidade de instituir e manter organismos (instituições) multilaterais com vistas a efetivar a cooperação entre os Estados – ou mesmo intervir em situações de conflito que carecem da atuação de uma instância que se encontre numa posição mais favorável

[1] Não há um consenso doutrinário sobre a denominação da sociedade do séc. XXI, daí outras sugestões como "sociedade da informação" e "sociedade em rede", como ensina Casttels. Não importa aprofundar nesta sede o debate sobre tais conceitos, pois não orientam a investigação que nos ocupa.

para decidir ou mesmo conciliar graves crises que possam inclusivamente configurar atentados à humanidade (BLAIR; CURTIS, 2009, p. 234).

Neste sentido, ensinam Krisch e Kingsbury:

> *Com a expansão da governança global, muitas funções administrativas e regulatórias são agora realizadas, num contexto global ao invés do contexto nacional, ainda que por meio de um grande número de diferentes formas, partindo de decisões obrigatórias das organizações internacionais para acordos não obrigatórios nas relações intergovernamentais, como também para ações administrativas internas, num contexto de regimes globais (KRISCH; KINGSBURY, 2012).*

Ressalte-se, neste momento, que se deve ir para além de questões de cunho humanitário, posto que nesses casos há intervenção de um direito internacional propriamente dito, sendo necessário conceber-se a emergência de um direito administrativo global, conexo às questões decorrentes de uma interdependência globalizada em campos como a segurança, as condições de desenvolvimento e de assistência financeira a países em desenvolvimento, proteção ambiental, regulação bancária e financeira, regulação das telecomunicações e da Internet, comércio de produtos e serviços, propriedade intelectual e normas de trabalho (KINGBURY; KRISCH; STEWART, 2005).

3. O direito administrativo global e seus elementos teóricos essenciais

Essa sociedade global criou a necessidade de aperfeiçoamento, adequação de princípios e um *upgrade* nas regras materiais de solução de controvérsias (MADRUGA, 2012). Tradicionalmente concebido como disciplina jurídica cuja aplicação se volta para o direito interno, o direito administrativo, plasmado na conjuntura da sociedade global e das tecnologias da informação, passa a ser concebido numa perspectiva de aplicação em caráter transnacional, decorrendo assim a denominação de direito administrativo global, a merecer relevantes detalhamentos ligados a conceito, fontes, princípios, sujeitos, características e tipos de administração global.

O direito administrativo global pode ser concebido, na lição de Krisch, Kingsbury e Stewart, como:

> *Ramo do direito público que, examinando o fenômeno jurídico, procura descobrir e especificar as normas que regem a administração global e sistematizá-las. Conjunto de regras e procedimentos que ajudam a garantir a responsabilização da administração global e se debruçam sobre as estruturas administrativas, sobre a transparência, sobre os elementos participativos nos procedimentos administrativos, sobre os princípios de tomada de decisão fundamentada e sobre os mecanismos de avaliação (BLAIR; CURTIS, 2009, p. 234)*[2].

Quanto às fontes do direito administrativo global podemos ter, num primeiro plano, as fontes conexas ao direito internacional público: tratados, costumes e princípios gerais de direito; noutro norte, em face da dinâmica da construção normativa, "poderiam ser baseadas numa versão contemporânea do *jus gentium,* abrangendo as normas que surgem da ampla variedade de agentes e de contextos de regulação, em detrimento da fundamentação do jus inter gentes construído sobre acordos entre os Estados" (XAVIER JÚNIOR, 2016).

Entretanto, Krisch, Kingsbury e Stewart, alertam:

> *É improvável que essas fontes sejam suficientes para explicar as origens e autoridade da prática normativa já existentes no terreno. Só raramente os tratados abordam diretamente questões de direito administrativo. (BLAIR; CURTIS, 2009, p. 234).*

A ascensão de programas de regulamentação a nível global e sua infusão em contrapartes domésticas traduzem um especial significado: decisões focadas num direito administrativo local estão cada vez mais restringidas por normas substantivas e processuais estabelecidas pelo nível global – direito administrativo global; a necessidade formal de implementação interna, portanto, não prevê a independência significativa do nacional quanto à seara que se efetiva no plano transnacional; ao mesmo tempo, os órgãos administrativos globais fazem essas decisões, em alguns casos, desfrutar de muita independência de fato e discrição para ser considerados como meros agentes de estados.

---

[2] No original: *branch of public law that, examining the legal phenomena which together constitute international administration, seeks to discover and specify the norms that govern this administration and to systematize them." In our approach, global administrative law effectively covers all the rules and procedures that help ensure the accountability of global administration, and it focuses in particular on administrative structures, on transparency, on participatory elements in the administrative procedure, on principles of reasoned decisionmaking, and on mechanisms of review.*

Este artigo nos parece seminal ao lançar o debate acadêmico para o direito administrativo global. Krisch, Kingsbury e Stewart (2005) lecionam:

> *Cinco tipos principais de regulação administrativa globalizada são distinguíveis: (1) administração por organizações internacionais formais; (2) administração com base na ação coletiva por redes transnacionais de arranjo cooperativo entre funcionários de reguladoras nacionais; (3) administração distribuída canalizada pelos reguladores nacionais no âmbito de tratado, rede ou outra forma de cooperação; (4) administração por acordos intergovernamentais-privados híbridos; e (5) administração por instituições privadas com funções de regulação. Nesta prática, muitas dessas camadas se sobrepõem ou se combinam, mas propomos esse conjunto de tipos ideais para facilitar ainda mais a pesquisa (BLAIR; CURTIS, 2009, p. 234)*[3].

Cada vez mais, no entanto, programas de regulamentação adotados a nível nacional pelos Estados resultam de medidas tomadas internacionalmente a fim de regular condutas privadas. A regulação coordenada de uma conduta privada é muitas vezes a própria finalidade do regime internacional em campos tais como a regulação de questões ambientais ou práticas financeiras.

Neste sentido, Estados, indivíduos, corporações, ONGs e outras pessoas jurídicas são influenciados por regimes regulatórios de direito administrativo global, quebrando a dicotomia nacional-internacional, podendo ter ainda mais repercussão na maneira como pensamos sobre os assuntos de uma administração global. Mesmo que entendamos tradicionalmente os sujeitos de direito internacional como sendo Estados, inegável perceber como a ideia de uma governança global afeta a todos, direta ou indiretamente.

É importante assinalar que medidas regulatórias de repercussão social são tomadas (isoladamente ou de forma combinada) por organismos, entidades ou instituições que sequer integram uma estrutura formal de governo, cujos modelos seguem um padrão internacional com repercussão no direito interno.

---

[3] No original: *Five main types of globalized administrative regulation are distinguishable: (1) administration by formal international organizations; (2) administration based on collective action by transnational networks of cooperative arrangements between national regulatory officials; (3) distributed administration conducted by national regulators under treaty, network, or other cooperative regimes; (4) administration by hybrid intergovernmental–private arrangements; and (5) administration by private institutions with regulatory functions. In practice, many of these layers overlap or combine, but we propose this array of ideal types to facilitate further inquiry.*

4. O caso da arbitragem na Ásia para o ICANN

Exemplifica-se tal entendimento tendo como parâmetro a regulação ofertada pela ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Number*) e a ISO (*International Organization for Standardization*), sendo que a primeira (com caráter internacional e sem fins lucrativos) é responsável por gerenciar a distribuição de números de "Protocolo de Internet (IP), pela designação de identificações de protocolo, pelo controle do sistema de nomes de domínios de primeiro nível com códigos genéricos (gTLD) e de países (ccTLD), com funções de administração central da rede de servidores[4], o que basicamente se resume no gerenciamento mundial da internet. Quanto à segunda (ISSO), esta tem a responsabilidade de gerir os padrões de qualidade em escala global.

Neste segmento, outras entidades privadas podem ser citadas como é o caso da FIFA (que gerencia o futebol no mundo) e do COI (que trata dos jogos olímpicos). De qualquer forma, a ICANN e ISSO são instituições cujas estruturas são basicamente replicadas à escala do direito interno, com gerenciamento de ativos econômicos de grande monta e decisões que são tomadas internacionalmente e afetam a gestão de importantes de setores da sociedade. Apresenta-se muito clara a ideia de que o direito administrativo global permeia os marcos regulatórios das mais diversas áreas da sociedade – como seja o esporte, a pesca, as finanças, etc.

Desses exemplos todos, vamos analisar mais detalhadamente o caso da ICANN. Originalmente as suas funções eram cumpridas pelo governo americano, mas ela foi criada como uma sociedade de capital misto. Os processos de transparência e participação incluem reuniões em cidades de diversas partes do mundo, fóruns online, relatórios e uma grande quantidade de documentos disponibilizados na própria Internet.

[4] Informação obtida na página oficial ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, disponível em: <https://archive.icann.org/tr/portuguese.html> Acesso em: 16 out .2016.

Reafirmando a relevância do ICANN para gestão da Internet em todo o mundo, para Almeida (2015, p. 212):

> *[...] as questões de governança na Internet envolvem desde a coordenação internacional, as relações entre soberanias, as legislações, a estabilidade, a segurança, responsabilidades, acesso, diversidade, abertura, recursos críticos da internet, entre outros muitos pontos, sendo que a ICANN possui controle dos sistemas de nomes de domínio (procurando coordenar a identificação das páginas da internet).*

O status de organização sem fins lucrativos da ICANN está subordinado ao direito nacional do Estado da Califórnia, Estados Unidos da América, CA Corp Code § 5233 (through 2013 Leg Sess). Ela está submetida às regras e princípios do direito internacional (através de convenções internacionais) e igualmente ao direito local.

Desta forma, compreendendo o papel da referida instituição na regulação de uma temática que envolve cifras bilionárias quanto ao aspecto comercial, estabeleceu-se como parâmetro a tomada de decisão do ICANN na resolução de conflitos de nomes de domínio, isto é, o modo como são dirimidas as controvérsias que envolvem nomes de domínio idênticos e/ou similares, quando estes venham a violar direitos de marca ou mesmo nomes já registrados. A operação realiza-se, portanto, de modo a viabilizar a supervisão da distribuição dos identificadores exclusivos empregados nas operações da Internet e a distribuição de nomes de domínio de primeiro nível, como por exemplo: .com, .info, etc.

Assim, em casos de violação de marca e/ou nome registrado que infrinjam normas de propriedade intelectual, o ICANN editou a UDRP (Política de Resolução de Disputas de Nomes de Domínio Uniforme), de modo a permitir quer os titulares de marcas registradas possam reivindicar direitos em relação a terceiros que tenham violado as regras da ICANN. Nomes e marcas, como sabido, podem valer bilhões de dólares, sendo alvo, em alguns casos, de disputas com relação ao uso do nome comercial ou mesmo de fantasia.

Conforme página do site (versão em língua portuguesa) declara:

> *A ICANN implementou uma política de resolução para disputas por nomes de domínios (Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy–UDRP), que já foi usada para resolver mais de 5.000 disputas referentes aos direitos sobre nomes de domínios. Essa política UDRP foi projetada para ser eficiente e de baixo custo*[5].

[5] Informação obtida na página oficial ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and

Ressalte-se que o ICANN espalhou sua governança por meio de inúmeros contratos com empresas em diversos países do globo. Os registradores credenciados pela ICANN devem seguir os acordos e políticas estabelecidos para a manutenção da governança geral dos procedimentos de credenciamento e revenda[6]. A ICANN mantém relações comerciais e de gestão com órgãos nacionais, a exemplo do Registro BR e NIC.BR no Brasil e órgãos similares em outros países. Inúmeras empresas espalhadas pelo mundo estão listadas de forma transparente, uma vez que elas fazem parte dos "ICANN-accredited registrars"[7].

Para além da replicação de normas e procedimentos, é possível visualizar para a ICANN uma regionalização da arbitragem, elemento crucial para a normatização das atividades de atribuição de nomes e números na Internet. As disputas com relação ao uso de nomes de marcas não são tratadas diretamente pelo ICANN, de modo que esta entidade também possui uma lista de entidades credenciadas para atuar como câmaras de arbitragem a fim de solucionar tais litígios. Como decisões de um órgão privado têm poder vinculativo? Como a ICANN detém o controle sobre os códigos de endereçamento da Internet, pode autorizar que terceiros credenciados por ela, decidindo sobre uma disputa, procedam à transferência, cancelamento ou exclusão de um nome de domínio atribuído a uma parte na disputa. Vemos aí um elemento nodal da replicação de normas e uma expressão de direito administrativo que transcende a esfera do Estado.

Neste sentido, tomemos por base as decisões do *Asian Domain Name Dispute Resolution Centre*[8]– que é credenciado pelo ICANN para a aplicação de políticas relativas a nomes de domínio no âmbito da Ásia.

Numbers, disponível em: <https://archive.icann.org/tr/portuguese.html>. Acesso em: 5 jun. 2017.

[6] Eis aqui os acordos e políticas: https://www.icann.org/resources/pages/agreements-policies-2012-02-25-en Acesso em: 5 jun. 2017.

[7] Informação obtida na página oficial ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, disponível em: <https://www.icann.org/registrar-reports/accredited-list.html> Acesso em: 5 jun. 2017.

[8] Informação obtida na página oficial da Asian Domain Name Dispute Resolution Centre, disponível em: <https://www.adndrc.org/mten/index.php> Acesso em: 5 jun. 2017.

Num lapso de cinco anos, tendo em conta as informações constantes no sítio do órgão credenciado (*Asian Domain Name Dispute Resolution Centre)*, tem-se a tabela abaixo:

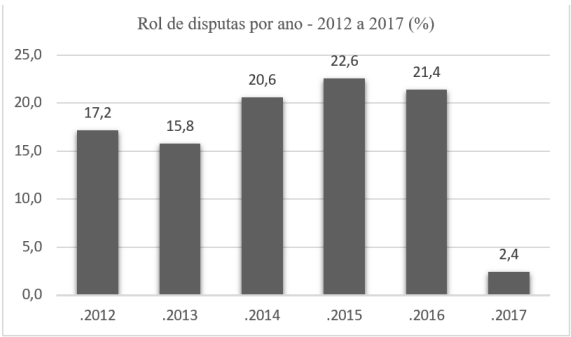
Tabela 1 – rol de disputas por ano

Ano	%	Números absolutos
2012	17,2	190
2013	15,8	175
2014	20,6	228
2015	22,6	250
2016	21,4	237
2017	2,4	27
	100,0	1107

Fonte: *Asian Domain Name Dispute Resolution Centre.* Tabela produzida pelos autores.

Desta forma, em 2012 o Centro processou e julgou 190 disputas; 175 em 2013; 228 em 2014; 250 em 2015 e 27 em 2017 – perfazendo um total de 1107 processos julgados. Abaixo, gráfico ilustrando tais números:

Gráfico 1 – disputas por ano



Fonte: *Asian Domain Name Dispute Resolution Centre.* Gráfico produzido pelos autores.

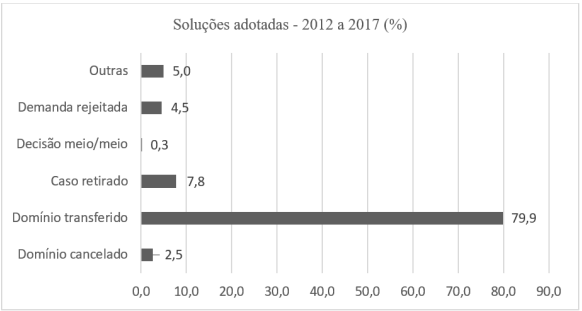
Quanto aos tipos de soluções, estas foram tomadas da seguinte forma: nome de domínio cancelado - 28; nome de domínio transferido - 885; casos retirados - 86; decisões meio a meio - 3; demandas rejeitadas - 50 e outras decisões - 55, sintetizadas na tabela abaixo e ilustradas no gráfico seguinte:

Tabela 2 – tipos de solução de disputas

Tipo	%	Abs
Domínio cancelado	2,5	28
Domínio transferido	79,9	885
Caso retirado	7,8	86
Decisão meio/meio	0,3	3
Demanda rejeitada	4,5	50
Outras	5,0	55
	100,0	1107

Fonte: *Asian Domain Name Dispute Resolution Centre*. Tabela produzida pelos autores.

Gráfico 2 – espécies de soluções adotadas - percentuais



Fonte: *Asian Domain Name Dispute Resolution Centre*. Gráfico produzido pelos autores.

Os números expostos nas referidas tabelas e gráficos, a partir de decisões do *Asian Domain Name Dispute Resolution Centre*, evidenciam a forma como o direito administrativo global opera, efetivando decisões de instâncias regulatórias que, não estando vinculadas a nenhum governo, têm potencial para vincular instituições públicas e privadas, notadamente nos Estados Unidos da América, Reino Unido, China, Itália, França, Japão, Taiwan, Singapura, Coreia do Sul, Holanda, Arábia Saudita, entre outros países que figuram como partes nas mais de mil demandas julgadas pela instância arbitral do referido centro asiático.

É claramente perceptível a existência de novos padrões econômicos que passaram a ser estabelecidos, por exemplo, pelo *e-commerc*e e mais notadamente pelas relações que se estabelecem na chamada "economia compartilhada" (LEE, 2016, p. 1039) – onde sujeitos de uma relação comercial estão fisicamente em pontos distintos, submetidos a diferentes jurisdições e a ordens jurídicas distintas, podendo

emergir daí conflitos cuja solução apenas se processa no campo da arbitragem, face a ausência de um marco regulatório que estabeleça a competência para dirimir as disputas daí decorrentes. Isto tem produzido uma verdadeira revolução na interação entre consumidores e fornecedores de um produto ou serviço. Aqui enquadram-se as operações comerciais agressivas do *Uber* (serviço de compartilhamento de transporte em veículos particulares), o *AirBnb* (serviço de compartilhamento de espaços de hospedagem de pessoas) e ainda o *blablacar* (serviço de compartilhamento de viagens através de automóveis).

5. O direito da concorrência e a emergência de um *soft law* como mecanismo de regulação administrativa global

Nas economias de livre mercado prima-se pela liberdade das atividades comerciais e industriais, a partir de princípios essenciais que se voltam para o pleno exercício da atividade econômica como vetor fundamental do desenvolvimento, tendo como norte o essencial respeito às pessoas fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, "tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (CARVALHO, 2007, p. 52).

Importa proceder a um roteiro teórico mínimo a propósito da proposta de Krisch, Kingsbury e Stewart sobre os espaços globais e a emergência de um direito administrativo global e aferir em que medida coabitam com os desafios impostos à ordem jurídica no domínio da concorrência – leia-se o enfrentamento de cartéis, o abuso de posição dominante, o controle de atos de concentração, monopólios, oligopólios e ainda o controle das ajudas estatais.

No Brasil, as alterações trazidas pela Lei 12.529/2011 fortaleceram significativamente as instâncias de controle e regulação voltadas para evitar e/ou minimizar desequilíbrios decorrentes de práticas anticoncorrenciais, quer mediante uma atuação preventiva e/ou repressiva, com destacada atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. A grande questão, entretanto, focaliza não

apenas o marco regulatório fixado nas instâncias internas de um determinado Estado – ou seja, o desafio tem origem no espaço global e nas práticas anticoncorrenciais de caráter transnacional.

Sobre as modificações nos sistemas de direito da concorrência no tempo e espaço, Lima e Silva (2006, p. 33-34) teoriza:

> *A fragilidade dos Estados, sobretudo daqueles em desenvolvimento, ante essa forma de organização que transcende as fronteiras geográficas, é apresentada sobre três alicerces principais: o impressionante poder econômico representado pelas grandes corporações, a perda do monopólio sobre a produção e aplicação do direito pelo Estado, ao ter de conviver com empresas que adotam regras internas próprias e aplicam a seus contratos a nova lex mercatoria e, finalmente, o contraste entre a dimensão internacional da empresa e a territorialidade a que se submete o ordenamento jurídico estatal.*

A solução de possíveis situações de conflito extrapola assim um sistema jurídico nacional, pois as relações comerciais e de interação entre pessoas, agentes econômicos e organizações podem ocorrer no patamar transnacional, decorrendo daí, por consequência, arranjos normativos que visam solucionar tais questões num sistema jurídico *multilevel* - "as relações entre o global e o local, os governos do mundo obedecem esquemas cada vez mais vários níveis de governança (governança multinível), que, naturalmente, têm ressonâncias jurídicas"[9], como afirma Auby (2012, p. 145).

Neste mesmo sentido Krisch, Kingsbury e Stewart anunciam o surgimento do direito administrativo global, como consequência do grande alcance nas formas de regulação e administração transgovernamental, a fim enfrentar as consequências da interdependência globalizada em campos como a segurança, as condições de desenvolvimento e de assistência financeira, proteção ambiental, regulação bancária e financeira, telecomunicações, comércio de produtos e serviços, propriedade intelectual, normas de trabalho, movimentos transfronteiriços de populações, inclusive refugiados. Cada vez mais, essas consequências não podem ser tratadas de forma eficaz por medidas regulamentares e administrativas nacionais isoladas (BLAIR; CURTIS, 2009, p. 234).

[9] No original: *relaciones entre lo global y lo local, el gobierno del mundo obedece cada vez más a esquemas de gobernanza multinivel (multilevel governance), que por supuesto tienen resonancias jurídicas.*

É neste sentido que, vislumbrando os pontos de conexão entre o direito administrativo global e o direito da concorrência, Karla Santos teoriza:

> *A defesa da concorrência não costuma regulamentar questões globais e relações entre países, mas não refuta, muito ao contrário, defende a existência de pontos de contato entre as legislações, que podem ser internalizados a partir de mecanismos bilaterais ou de cooperações em rede. A transnacionalização pode, então, compatibilizar-se com mecanismos bilaterais de cooperação, ainda que se repute que os mesmos sejam meramente informais ou procedimentais, posto que a cooperação, assim como a própria cooperação, permite modulações. (SANTOS, 2016, p. 157)*

Há nessa nova dimensão jurídica de espaço global e governança global, atuando em conjunto ou isoladamente, ação assincrônica quando se tem por foco as ações dos Estados. A vontade dos Estados, representados por seus governos, nem sempre operam na mesma velocidade com que a sociedade reclama soluções. Tome-se como exemplo as situações que envolvem a economia compartilhada, especialmente as demandas relacionadas com o aplicativo *Uber*, onde as decisões tomadas nos diversos sistemas jurídicos não apresentam uma sintonia e uniformidade, mesmo no Brasil, onde o poder público tem adotado diferentes posicionamentos em âmbito local.

Numa perspectiva formal, a solução de controvérsias no âmbito do direito internacional encontra amparo no estabelecimento, por exemplo, de Cortes Internacionais, como assinala Trindade (2013, p. 113-114): "A operação coordenada e harmônica dos tribunais internacionais contemporâneos é um sinal de nossos tempos, e mostra-se essencial e imprescindível". Isto seria suficiente para dirimir conflitos entre os Estados signatários do instrumento internacional que instituíram. Mas tal modelo de *hard law*[10] não apresenta soluções para a grande diversidade de novas demandas judiciais que configuram lacunas no ordenamento jurídico, como afirma Bobbio (1995, p. 115), fruto das relações que passaram a ser estabelecidas no espaço global, como diria Capra (2002, p. 228) – uma sociedade em rede, sociedade informacional –, daí a emergência de soluções de *soft law* (NASSER, 2006, p. 25).

Assim, tem-se que muito da implementação do modelo de regulação que

[10] Estabelecimento pela comunidade internacional de instrumentos normativos com força cogente, que vinculam os Estados-parte.

decorre da aplicação das regras do direito administrativo global é determinado por organizações internacionais, grupos informais de estudo sobre determinadas temáticas e altos funcionários de agências que atuam na regulação de padrões internacionais, mas que não estão "sujeitos ao controle de um governo nacional ou sistemas jurídicos tendo por base tratados" (KINGSBURY; KRISCH; STEWART, 2005). Tais decisões regulatórias são implementadas diretamente por entidades privadas que estão inseridas num regime global.

Mas como os regimes regulatórios transnacionais encontram um ponto de interseção com o direito da concorrência em âmbito internacional? E de que modo o direito administrativo global, tendo por base o *soft law*, são utilizados para suprir estas demandas? Primeiro, tal interseção se verifica em face das características das relações econômicas no ambiente informacional, por exemplo, estabelecimento de regras mínimas sobre a regulação de transações com *bitcoins*[11] (moeda digital para pagamentos na Internet onde não há controle por um governo central[12]). Verifica-se ainda, como mencionado, na economia compartilhada o estabelecimento de soluções de controvérsias através da arbitragem.

Quanto ao segundo questionamento, tome-se como exemplo os marcos regulatórios estabelecidos por organizações internacionais, como "Códigos de conduta, tais como: ISO, Codex Alimentarius (FAO), Código de conduta para a pesca responsável (FAO) (OLIVEIRA; BERTOLDI, 2010)", e ainda, como asseveram

[11] Sobre o bitcoin, o próprio website esclarece: "Bitcoin é uma rede que funciona de forma consensual onde foi possível criar uma nova forma de pagamento e também uma nova moeda completamente digital. É a primeira rede de pagamento descentralizada (ponto-a-ponto) onde os usuários é que gerenciam o sistema, sem necessidade de intermediador ou autoridade central. Da perspectiva do usuário, Bitcoin funciona como dinheiro para a Internet. Bitcoin também pode ser visto como o mais promissor sistema de contabilidade de entrada tripla existente." Informação obtida na página oficial do Bitcoin, disponível em: <https://bitcoin.org/pt_BR/faq#o-que-e-bitcoin> Acesso em: 17 out. 2016.

[12] Sobre a ausência de uma autoridade central o website do bitcoin enuncia: "A tentativa de atribuir direitos especiais a uma autoridade local nas regras da rede global Bitcoin não é uma possibilidade prática. Quaisquer organizações ricas podiam optar por investir em hardware de mineração para controlar metade do poder de computação da rede e tornar-se capaz de bloquear ou reverter transações recentes. No entanto, não há garantia de que eles poderiam manter este poder uma vez que esta exige investir tanto que todos os outros mineiros do mundo." Informação obtida na página oficial do Bitcoin disponível em: <https://bitcoin.org/pt_BR/faq#o-que-e-bitcoin> Acesso em: 17 out. 2016.

Kingsbury, Krisch e Stewart (2005), as redes da OCDE; os comitês administrativos da OMC; as estruturas de cooperação internacional em matéria de direito antitrust (especialmente a ICN - International Competition Network); a regulação financeira realizada pelo FMI, Banco Mundial, OCDE e Comitê Basileia; os compromissos amboentais assumidos em relação aos mecanismos de desenvolvimento limpo do Protocolo de Quioto; a regulação sobre a energia nuclear desenvolvida pela Agência Internacional de Energia Nuclear; e por fim cite-se a ISO, instância de regulação quanto à padronização internacional e a relevante tarefa da ICANN, de gerenciamento global dos códigos primários de endereçamento de Internet. Estas instâncias, portanto, ainda que apresentem um caráter puramente privado, ou mesmo híbrido, utilizam-se do *soft law*, como instrumento do direito administrativo global para estabelecer relevantes padrões de regulação.

6. Conclusão

Passados dez anos em que KINGSBURY, KRISCH e STEWART lançaram as ideias/reflexões sobre a "emergência de um direito administrativo global", tem-se que o panorama preliminar agigantou-se em face do rápido desenvolvimento tecnológico. Se este por um lado facilita a vida das pessoas, das organizações e dos Estados, noutra banda acarreta desafios consideráveis a fim de estabelecer um mínimo de espaço global regulado e evitar distorções e condutas atentatórias à livre concorrência. Ao longo da década assinalada as relações internacionais avançaram para um modelo de multilateralismo muito mais afeito às respostas ofertadas pelo *soft law*, em detrimento de um modelo convencional (ainda não ultrapassado, porém limitado) que nem sempre acompanha a evolução social.

Ademais, os desafios de ordem jurídica que crescentemente emergem por conta da regulação da economia compartilhada (do Uber, do AirBnb, BlaBlaCar, entre outros) e das relações comerciais eletrónicas (que inclusivamente se efetivam através de BitCoins) conduzem à emergência de padrões mínimos de regulação conduzidos por instâncias de caráter transnacional, notadamente de caráter privado (a exemplo

da ICANN, ISO, Comitê Basileia, etc), os quais pavimentam o caminho em que o *soft law* lastreia o modo negociado de solução de controvérsias, tendo por escopo agilizar a solução de modo menos oneroso possível.

Referências

ALMEIDA, Daniel Freire. *Um tribunal internacional para a internet*. São Paulo: Almedina, 2015.

ANDRADE, Aloízio Gonzaga de. *O direito e o Estado como estruturas e sistemas: um contributo à teoria geral do direito e do Estado*. Belo Horizonte: Ubirajara Coelho Neto, 2013.

AUBY, Jean-Bernard. *La globalización, el Estado y el derecho*. Sevilla: Global Law Press, 2012

BLAIR, Alasdair; CURTIS, Steven. *International politics: an introductory guide*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos: na perspectiva da constituição econômica brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Cultrix, 2002.

CELLI JÚNIOR, Umberto. Solução de conflitos na União Europeia: lições para o Mercosul?. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 97, p. 415 – 434, 2002. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67555/70165 . Acesso em: 17 out. 2016.

CERQUEIRA, Luis Eduardo Bianchi. *Ordem jurídica internacional & internacionalização do capital*. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

FRIEDMAN, Thomas L; MANDELNAUM, Michel. Éramos nós a crise americana & como resolvê-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=oIVzyIVX7ZgC . Acesso em: 15 out. 2016.

HOBSBAWM, Eric J. *The age of extremes: a History of the World,* 1914-1991. New York: Vintage Books, 1994.

HOBSBAWM, Eric J. *A era dos extremos: o breve Século XX - 1914-1991*. 10.ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

IANNI, Octávio. *A sociedade global*. 13.ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. *RDA - Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 261, set./dez., p. 13 – 32, 2012. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8844/7670 Acesso em: 16 out. 2016.

KINGBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. The emergency of global administrative law. *Law & Contemporary Problems*, v. 68, n.º 3 & 4, Summer/ Autumn, 2005. Disponível em: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lc Acesso em: 16 out. 2016.

LEE, In. *Encyclopedia of E-Commerce Development, Implementation, and Management, Vol 1*. Illinois: IGI Global, 2016,

LIMA E SILVA, Valéria Guimarães. *Direito antitruste - aspectos internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006.

MADRUGA, Antenor. Cooperação internacional: a necessidade de uma profissão jurídica global. *Consultor jurídico*. Abril, 2012. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-abr-12/cooperacao-internacional-necessidade-profissao-juridica-global Acesso em: 16 out. 2016.

MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=MElrBgAAQBAJ Acesso em: 16 out. 2016.

MATIAS, Eduardo Felipe P. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado Nacional à sociedade global*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2015. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=xo4nCgAAQBAJ. Acesso em: 15 out. 2016.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2.ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do soft law na evolução do direito internacional. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI, 2010, Florianópolis. *Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI*, 2010. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6265_6289.pdf. Acesso em: 17 out. 2016.

OLSSON, Giovani [et al.] (Orgs). Educação jurídica, relações internacionais e cidadania. In: OLSSON, Giovanni; LUCIANO, Laíse da Corregio. *A sociedade internacional contemporânea: do multirateralismo ao regionalismo no comércio internacional*. Chapecó: Argos, 2013.

PERINI, Raquel Fratantonio. *A soberania e o mundo globalizado*. BuscaLegis.ccj.ufsc.br. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21969-21970-1-PB.htm. Acesso em: 17 out. 2016.

SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis transnacionais - a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2016.

TORREÃO, Marcelo Pires. Devido processo da regulação: o encontro entre o direito flexível e a instrumentalidade processual administrativa nas agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, 2011. Disponível em: http://www.direitodoestado.com/revista/redae-24-novembro-2010-marcelo-pires-torreao.pdf. Acesso em 17 out. 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/1018-tribunais-internacionais-contemporaneos.pdf. Acesso em 17 out. 2016.

XAVIER JÚNIOR, Ely Caetano. *Direito internacional dos investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro.* Rio de Janeiro: Gramma, 2016. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=bzVjDAAAQBAJ. Acesso em 16 out. 2016.

"Igualdade ao nascer, liberdade ao viver"* e fratenidade ao conviver: a universalização dos direitos humanos e o fenômeno dos fluxos migratórios

"Equal at birth, freedom to live" and fraternity to mingle: the universalization of human rights and the phenomenon of migration flows

Carla Piffer**/Ildete Regina Vale da Silva***

RESUMO: Os fluxos migratórios revelam à humanidade que o projeto civilizatório da convivência humana está ultrapassado. Este artigo tem como objetivo fomentar os estudos sobre a efetivação dos direitos humanos e a pertinência de se conceber um espaço público mundial. A partir de um projeto cultural de construção de uma sociedade fraterna global, reivindicando o sentido da existência do humano e sua continuidade no tempo e espaço, pretende-se demonstrar que é possível ter igualdade ao nascer, liberdade ao viver e fraternidade ao conviver. Na fase de investigação utilizou-se o método indutivo e na fase de tratamento de dados o método cartesiano.

PALAVRAS-CHAVE: migração; direitos humanos; sociedade fraterna.

ABSTRACT: Migration flows reveal to the humanity that the civilizing project of human coexistence is outdated. This article aims to promote studies on the implementation of human rights and the relevance of conceiving a global public space. From a cultural project of construction of a fraternal society overall, claiming the meaning of human existence and your continuity in time and space, it is intended to demonstrate that it is possible to have equal at birth, freedom to live and fraternity to mingle. In the research stage we used the inductive method and data treatment phase the cartesian method.

KEYWORDS: migration; human rights; fraternal society.

---

* Expressão utilizada por Flávio Pansieri no XII Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba/PR, ocorrido nos dias 26 a 28 de maio de 2016.

** Pós-doutora pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Doutora pela Universidade de Perugia e UNIVALI. Bolsista do PNPD/CAPES.

*** Doutora pela Universidade de Perugia e UNIVALI. Mestre pela UNIVALI. Professora Colaboradora do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI.

1. Introdução

Este estudo intitulado "Igualdade ao nascer, liberdade ao viver e fraternidade ao conviver" aborda, a partir desta ideia, a universalização dos direitos humanos e o fenômeno dos fluxos migratórios.

A importância da presente pesquisa justifica-se no fato de que o contingente humano que compõe o atual fluxo migratório retrata o maior deslocamento de pessoas pelo globo, nunca antes verificado nestes moldes. Diante do fato de que tal fenômeno revela à humanidade que o projeto civilizatório de organização da convivência humana está ultrapassado, este artigo objetiva fomentar os estudos sobre a efetiva garantia dos direitos humanos e a pertinência de conceber um espaço público mundial, a partir de um projeto cultural de construção de uma sociedade fraterna global, reivindicando o sentido da existência do humano e a sua continuidade no tempo e espaço da biosfera.

Para atingir tal objetivo, se faz uma breve análise histórica dos fluxos migratórios, a fim de verificar as características que envolvem cada fluxo em determinados momentos. Na sequência, aborda-se o fenômeno dos fluxos migratórios como potencializador da urgente necessidade à garantia da universalização dos direitos humanos, no sentido de impor o dever de rever o projeto civilizatório e promover a proteção desses direitos para além das dimensões internas dos Estados constitucionais.

Por fim, propõe-se a manutenção de um espaço público mundial que promova a efetiva proteção dos direitos humanos a partir de um projeto cultural de construção de uma sociedade fraterna global, reivindicando o sentido da existência do humano e a sua continuidade no tempo e espaço.

Quanto à metodologia adotada, seguem-se os preceitos de Pasold (2011) e utiliza-se, na fase de investigação, o método indutivo, e na fase de tratamento de dados o método cartesiano.

2. O fenômeno dos fluxos migratórios

Pelo que se tem conhecimento até agora, a existência da pessoa humana está condicionada ao espaço territorial e, entre os fatores que ameaçam a continuidade dessa existência, encontra-se o conflito entre diferentes cidadanias, identidades e culturas. Os Estados traçaram fronteiras "entre 'nós' e 'eles'" (BAUMANN, 2005, p. 28, tradução nossa) e construíram cuidadosamente identidades nacionais que, estagnadas no tempo, evidenciaram "sempre uma fronteira entre um *inside* e um *outside* que faz viver uma dependência recíproca" (RESTA, 2004, p. 89), disseminando a desconfiança e "inimizades externas" (RESTA, 2004, p. 80).

O fenômeno dos fluxos migratórios internacionais revela à humanidade que o projeto civilizatório de organização da convivência humana está demasiadamente ultrapassado, quando a noção de pertencimento da pessoa humana está limitada, principalmente, ao espaço territorial de determinado Estado e/ou nação, caracterizando uma nova forma de conflito na atualidade, ainda que, a migração[1] não seja um fenômeno atual.

Conforme Gozzini (2005, p. 08), nem a migração, nem a figura do migrante[2] são artefatos da história moderna, vez que tal fluxo já ocorria desde os primórdios da civilização. Também os fluxos migratórios possuem os mais variados motivos e impulsões, os quais se transformam adequando-se, sob uma visão ampla e alargada, ao momento histórico no qual estão inseridos e, sob uma visão mais estrita, amoldam-se à realidade política, social e econômica da região de origem daqueles que farão parte do contingente migrante no mundo: os migrantes.

Ao olhar para o passado é possível afirmar que as migrações iniciadas no período pré-industrial representaram um valioso recurso para a economia da época, vez que eram caracterizadas por deslocamentos realizados principalmente por jovens

[1] Neste estudo, entende-se por migração o deslocamento de pessoas pelo planeta que se estabelecem em país distinto daquele da origem, independentemente dos motivos que originaram ou impulsionaram referido ato.

[2] Seguindo a mesma linha de pensamento, entende-se por migrante a pessoa humana que participa da migração.

– homens e mulheres – que optavam pelo afastamento temporário das suas famílias, com o objetivo de contribuir com a economia doméstica por meio de trabalhos ligados à manufatura, agricultura e comércio (CORTI, 2010, p. 03).

Além disso, no século XVI, o continente europeu sofreu um incremento demográfico da população urbana propiciado pelas migrações originadas de fatores econômicos, políticos e religiosos, fazendo com que populações inteiras fugissem de guerras civis e perseguições religiosas que assolavam alguns países neste período. Outras formas de assentamento com características de longa permanência também foram experimentadas em várias partes da Europa, principalmente no século XVII, através das migrações de tipo colonial, compostas por colonos trabalhadores (CORTI, 2010, p. 04).

Corti (2010, p. 16) esclarece que ainda na Idade Moderna, ocorreram as migrações intercontinentais, as quais eram decorrentes das grandes descobertas geográficas, dos processos de colonização, do desenvolvimento do comércio intercontinental e das penetrações missionárias. Porém, as formas de migrações mais difusas na sociedade europeia do *Ancien Regime* não foram ligadas às obras de colonização, pois muito mais consistentes foram os movimentos de características circulares que tinham como destinação tanto as atividades sazonais nos campos e outras ocupações ligadas à agricultura, como as várias ocupações ligadas à indústria rural e manufatureira (CORTI, 2010, p. 05).

A partir do final do século XVIII e início do século XIX, uma profunda modificação foi percebida, não somente na duração temporal, mas também na dimensão numérica dos fluxos migratórios, os quais passaram a adquirir maior relevância e novas conotações ante aos novos movimentos transoceânicos. Essas modificações nos fluxos migratórios denotaram as modificações da sociedade da época, diante das transformações dos movimentos naturais da população, de mudanças na economia e também nas comunicações (devido à Revolução Industrial) e na política – oriundas com a Revolução Francesa e Americana –, pela formação dos Estados e das revoluções liberais, além de consideráveis alterações ideológicas e culturais (PIFFER, 2014, p. 137).

Nessa época, as migrações transoceânicas deixaram de ser uma prerrogativa de um grupo de aventureiros para, após 1830, passarem a ser uma possibilidade de recomeço e vida nova nas terras recém-descobertas. Este êxodo direcionado a alguns países americanos como Estados Unidos, Argentina, Austrália, Canadá e Brasil teve como ponto de partida a Europa norte-ocidental e, após 1850, atingiu principalmente a Europa meridional e oriental, ganhando maiores proporções com a ocorrência da Primeira Guerra Mundial (PIFFER, 2014, p. 136-137).

Com a Segunda Guerra Mundial o desenvolvimento de um novo ciclo de migrações em busca de trabalho em mercados internacionais foi estimulado, sendo possível identificar, a partir desse marco histórico, três espécies de fluxos migratórios: 1) aquele que envolve a maior parte da população de origem europeia, colônias, funcionários e militares que haviam prestado serviço nas colônias; 2) aquele que teve como protagonista a população nativa que estabeleceram uma relação de colaboração com os governos coloniais e preferiram abandonar seu próprio país no temor de sofrer retaliação dos seus próprios conterrâneos; 3) o movimento dos refugiados induzido pela lógica da divisão seguida pelas potências coloniais no desmantelamento de seus impérios, bem como o surgimento de novos Estados, com as diversas guerras civis que acompanharam esses eventos (CORTI, 2010, p. 159).

E foi exatamente neste conturbado período pós-Guerra que restou proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, estabelecendo (principalmente em seu Artigo XIII) o direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado e que toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar (DUDH, Artigo XIII, 1 e 2). A partir da proclamação da Declaração, as partidas da Europa em direção às metas transoceânicas foram retomadas, principalmente pelos países fronteiriços deparados com crises sociais que contavam com graves problemas econômicos e uma altíssima taxa de desocupados. Em termos quantitativos, estima-se que entre 1947 e 1951 cerca de 2 milhões e meio de europeus foram direcionados para os países da América do Norte, da América Latina e das ilhas da Oceania (CORTI, 2010, p. 84).

No entanto, pouco tempo após a saída do citado contingente humano da Europa em direção às Américas, o mundo começou a verificar um movimento inverso das ondas migratórias, justificados por alterações econômicas e sociais que passaram a assolar os países até então recebedores de migrantes. Gozzini (2005, p. 45-46) atribui a mudança nos fluxos migratórios não somente às diferenças econômicas entre os países, mas também ao incremento demográfico que atingiu os países que antes eram o destino das grandes Migrações.

Em síntese, as migrações que antes eram em direção às Américas tomaram direção inversa, sendo esse redimensionando notavelmente perceptível na metade dos anos cinquenta, configurando, portanto, mais uma mudança na direção dos fluxos migratórios mundiais (GOZZINI, 2005, p. 46).

Observa-se que as características dos movimentos migratórios nos últimos vinte anos do século passado se ligam a alguns fenômenos que influenciaram diretamente os principais países de destino das migrações: a passagem da sociedade industrial para a pós-industrial, o desmoronamento do sistema soviético após a queda do muro de Berlim, a superpopulação e a fuga da pobreza, os movimentos de exilados e refugiados e, sob o plano econômico, a afirmação do sistema globalizado e os processos de modernização (PIFFER, 2014, p. 145-146).

Nessa breve abordagem do viés histórico das migrações, com o objetivo de demonstrar alguns dos fatores que impulsionam os fluxos migratórios, vale lembrar a reflexão de Ferrero: tanto quando "os imigrantes éramos nós" (FERRERO, 2007, p. 11, tradução nossa), quanto na atualidade – em que muitos países europeus se tornaram recebedores de migrantes –, qualquer abordagem sobre o tema estará sempre ligada à pobreza e à esperança. Para o autor (2007, p. 14, tradução nossa),

> *[...] pobreza e esperança – estão intimamente ligadas até hoje. E se a pobreza tem suas raízes na terra de origem, a esperança tem a ver com o país para o qual se vai, com a terra prometida. Ontem e também hoje a migração não ocorre ao acaso, mas quase sempre é o resultado de meditações profundas e até mesmo dilacerantes. Reflexões em que se considera a possibilidade de encontrar um emprego, é claro, mas também a força da rede de solidariedade constituída pelo apoio daqueles que emigraram antes.*

É inegável que a atual organização da convivência humana é afetada pelo fenômeno dos fluxos migratórios, independentemente dos motivos e locais que esses ocorram, os quais vêm acompanhados por um conjunto de mudanças e consideráveis impactos na vida em sociedade. Inclusive porque os fluxos migratórios não configuram um fato quotidiano, mas uma excepcionalidade que marca profundamente, através de gerações, as memórias individuais e coletivas dos envolvidos (PIFFER, 2014, p. 133).

Encontra-se, nos dizeres de Ferrero (2007, p. 19, tradução nossa), a ideia de como os fluxos migratórios interferem na história da humanidade e na organização da convivência humana:

> *Não é exagerado dizer que a emigração é uma quebra de horizonte linear da temporalidade, como uma guerra ou uma revolução. A emigração não é uma brincadeira, a emigração é para sempre, marca a vida e a modifica. Não por acaso são sempre os mais ousados que partem por primeiro, aqueles que aceitam o risco, que tentam. A emigração é o ponto de encontro entre uma condição sofrida e a tentativa de modificá-la tentando tudo. A emigração é no espaço aquilo que a revolução é no tempo.*

Atualmente, os países que compõem a União Europeia estão sendo diretamente afetados pelo fenômeno dos fluxos migratórios, compostos, notadamente, por migrantes que buscam proteção como refugiados[3] – que são as pessoas obrigadas a deixar seu país de origem por motivos de perseguição, de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas - e por migrantes que, por livre escolha, partem em busca de melhores condições de vida.

Contudo, o fenômeno dos fluxos migratórios internacionais não são, apenas, relacionados à realidade dos países desenvolvidos, porque os países considerados em desenvolvimento, também têm sido escolhidos como destino dos migrantes, como, a título de exemplo, a opção do haitianos pelo no Brasil, na última década.

O fenômeno dos fluxos migratórios sinaliza que a atual realidade vivenciada é única, ainda que não seja um fato novo; porém, nunca se viu antes na história da humanidade um contingente tão numeroso de pessoas humanas em busca de

[3] A definição de refugiado encontra-se prevista na Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, adotada em 28 de julho de 1951, entrando em vigor em 22 de abril de 1954. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados>. Acesso em: 1 abr. 2017.

uma oportunidade de vida melhor. E, logicamente, a humanidade não pode mais ficar alheia a essa realidade revelada pelos fluxos migratórios e, nesse sentido, deve ser revisto o projeto civilizatório de organização da convivência humana limitado a um determinado espaço territorial de determinado Estado e/ou nação, e considerar que "O território do Estado é uma paisagem na qual está impressa a cultura, não um *factum brutum*, mas sim um 'espaço cultural'" (HÄBERLE, 2001, p. 34, tradução nossa).

3. O fenômeno dos fluxos migratórios como potencializador da urgente necessidade à garantia da universalização dos direitos humanos

Bauman (2005, p. 26) lembra que a crise de pertencimento gerou a ideia de identidade nacional, sendo essa "gestada e incubada na experiência humana", e o fenômeno dos fluxos migratórios evidenciam que não há mais espaço para "[...] um lugar fundado na diferença [...]" nem mais para "[...] políticas identitárias, embasadas na lógica dos Estados nacionais [...]" (MARRAMAO, 2008, p. 191, tradução nossa).

Na atualidade, o fenômeno dos fluxos migratórios desperta sentimentos contraditórios, sentimentos esses que acompanham a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 desde o seu surgimento, pelo contraponto que há "entre o compromisso cívico assumido pelos homens e pelos povos, e a exclusão da maior parte da humanidade dos direitos e liberdades ali proclamados" (SILVA, 2009, p. 45).

A humanidade tem, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o marco de uma norma comum a ser alcançada por todos os povos, documento que representa a concepção contemporânea dos direitos humanos e marca a manutenção de um discurso internacional para proteção desses direitos, constituindo, assim, uma possibilidade "[...] de fornecer uma chave de leitura diferente a respeito daquela baseada em uma grade interpretativa do tipo nacional ou nacionalístico" (MARRAMAO, 2008, p. 191, tradução nossa).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconheceu direitos à humanidade e, nessa perspectiva, universalizou a ideia de garantia de direitos – e

o período pós-guerra concorreu para que a ideia de garantia dos direitos referente à dignidade da pessoa humana não ficasse limitada à competência exclusiva dos Estados nacionais, tornando esse um tema "de legítimo interesse da comunidade internacional" (PIOVESAN, 1998, p. 49-50).

A garantia da universalidade dos direitos humanos diz respeito ao reconhecimento "[d]os valores e direitos da pessoa como garantias universais, independentemente das contingências da razão, da língua, do sexo, das religiões ou das convicções ideológicas" (PEREZ LUÑO, 2002, p. 27, tradução nossa). De qualquer forma, a proteção desses direitos é uma questão sempre muito difícil e controvertida. Para Bobbio (2004, p. 43), "o problema fundamental em relação aos direitos humanos" não seria tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los, sendo esse o desafio potencializado pelo fenômeno dos fluxos migratórios que alerta sobre a urgência em garantir a universalidade desses direitos.

Lembra-se que, historicamente, os direitos humanos são fruto intelectual da modernidade, inspiração das revoluções liberais do século XVIII. Assim, "o elemento básico que marca a origem dos direitos humanos na modernidade é precisamente o seu caráter universal; são faculdades que devem ser reconhecidas a todos os homens sem exclusão" (PEREZ LUÑO, 2002, p. 24, tradução nossa).

Não obstante as divergências teóricas sobre a origem dos direitos humanos, o ponto comum entre as correntes doutrinárias está no reconhecimento de que esses direitos são a garantia da capacidade jurídica básica para todos os homens (BOBBIO, 2004, p. 43), sendo a universalização dos direitos humanos considerada o "grande invento jurídico-político da modernidade" (PEREZ LUÑO, 2002, 24-25, tradução nossa), justamente pela ampliação da titularidade de direitos à toda pessoa humana, colocando-as em posições jurídicas ativas que naqueles tempos não pareciam tão importantes como se faz agora, quando os conflitos entre identidades diferentes e entre alteridades culturais ameaçam a continuidade da existência do humano na terra.

Contudo, embora haja dificuldades teóricas e práticas, boas razões para ideia da universalidade dos direitos humanos devem ser perseguidas, pois "[...] devemos agora nos acostumar a pensar além do horizonte conceitual e simbólico delimitado

pela ideia de Nação" (MARRAMAO, 2008, p. 190, tradução nossa), entendendo-se, direitos humanos como

> *Os direitos primários das pessoas, pertencentes indistintamente a todos os seres humanos, como por exemplo [...] o direito à vida e à integridade da pessoa, a liberdade pessoal, a liberdade de consciência e de manifestação do pensamento, o direito à saúde e à instrução (FERRAJOLI, 2008, p. 08, tradução nossa).*

Importante se faz lembrar que, dentre as dificuldades teóricas e práticas que, no curso da história estiveram no bojo da ideia de universalidade dos direitos humanos, está, justamente, o reconhecimento da qualidade de ser pessoa humana com igual dignidade e titularidade universal de direitos, dissociada da condição de ser cidadão de determinado Estado nacional:

> *Uma tese similar, que contradiz todas as constituições modernas – não somente a Declaração dos direitos de 1948, mas também a maior parte das construções estatais que conferem quase todos estes direitos às 'pessoas' e "não somente aos cidadãos" – foi relançada nestes últimos anos, bem quando os nossos abastados países e as nossas ricas cidadanias começaram a ser ameaçadas do fenômeno das imigrações em massa (FERRAJOLI, 2008, p. 23, tradução nossa).*

Na concepção moderna, a condição de cidadão está vinculada ao *status* de personalidade da pessoa humana como destinatária de todos os direitos humanos – e o reconhecimento da igualdade entre todas as pessoas humanas na Declaração Universal de 1948 é, por este critério, logo, abandonada:

> *A categoria da igualdade foi abandonada mesmo no momento em que a qualidade de pessoa e a titularidade universal dos direitos foram solenemente reconhecidos, não somente pelas novas constituições estatais do pós-guerra mas também pela Declaração Universal de 1948, a todos os seres humanos do planeta (FERRAJOLI, 2008, p. 24, tradução nossa).*

A cidadania, então, como único critério para usufruir de direitos humanos constitui um obstáculo à garantia da universalização desses direitos. Porém, enquanto o fenômeno dos fluxos migratórios não tinha pressionado os Estados nacionais, os problemas de ausência de garantia da universalização dos direitos humanos pela diferença criada entre direitos humanos de todas as pessoas humanas existentes no planeta e os mesmos direitos garantidos aos cidadãos, parecia contornado:

> *Estes direitos – como sabemos bem – sempre foram universais apenas em palavras: se normativamente, desde a Declaração Francesa de 1789, têm sido sempre os di-*

> *reitos da pessoa, de fato, têm sido sempre os direitos do cidadão. E isso é devido ao fato de que, durante a Revolução Francesa e, em seguida, ao longo do século XIX e na primeira metade do século XX, até hoje na Declaração universal de 1948 e nos anos em que escreveu Marshall, a dissociação entre "pessoa" e "cidadão" não era um problema, já que os nossos países não eram ameaçados pela pressão migratória (FERRAJOLI, 2008, p. 25, tradução nossa).*

A pressão advinda do fenômeno dos fluxos migratórios advertem a humanidade no sentido de já não ser possível sustentar a ideia da garantia de direitos humanos apenas àqueles que têm a condição de cidadão, deixando de fora aqueles que, por uma situação adversa, perdem o *status* de cidadão, ou ainda aqueles que optaram por viver para além das fronteiras do local de pertencimento da sua identidade nacional. Ferrajoli (2008, p. 22, tradução nossa) lembra que,

> *Depois do nascimento da ONU e graças à aprovação de cartas e convenções internacionais sobre direitos humanos estes direitos não são mais fundamentais somente no interior dos Estados nos quais constituições são formuladas, mas são direitos supraestatais aos quais os Estados são vinculados e subordinados também em nível de direito internacional; não mais direito de cidadania, mas direito das pessoas independentemente das suas diversas cidadanias.*

A humanidade precisa ser (re)lembrada em palavras e ações, e a concepção da universalização dos direitos humanos deve ter como único requisito à titularidade desses direitos o reconhecimento da qualidade de ser pessoa humana pela unicidade existencial e com igual dignidade, como valor intrínseco à sua própria condição (PIOVESAN, 2012, p. 43) de existir e continuar existindo como espécie humana que é e que tem, no planeta terra, um espaço comum de vida – pelo menos, por enquanto –, razão essa que, por si só, justifica a urgência em organizar convivência humana pela garantia da universalidade dos direitos humanos.

Desta forma, encontra-se no fenômeno dos fluxos migratórios a potencialização da urgente necessidade de garantir a universalização dos direitos humanos, porque desafia a humanidade a rever o projeto civilizatório para projetar culturalmente a proteção desses direitos, pela urgente necessidade de garanti-los mundialmente a cada pessoa humana, sem desrespeitar as particularidades nacionais e regionais, assim como diversos contextos históricos, políticos, culturais e religiosos. E esse desafio é,

ao mesmo tempo, uma tarefa que requer conceber um espaço público mundial para organização da convivência humana, respeitando as diferentes cidadanias, identidades e culturas para além dos Estados constitucionais.

4. Espaço público mundial e a efetiva proteção dos direitos humanos à luz de uma cultura constitucional

Embora o fenômeno dos fluxos migratórios não seja uma exclusividade da realidade contemporânea, observa-se que esta é notadamente marcada por fluxos migratórios em massa, os quais não têm mais a fuga da guerra – ou da ameaça dela – como principal razão para migração.

Na atualidade, os fluxos migratórios têm como uma das principais razões as desigualdades existentes entre os países do mundo e/ou dentro de um mesmo país, impondo um grande desafio à "forma estatal de pertenças fechadas, governadas por um mecanismo ambíguo que inclui os cidadãos, excluindo todos os outros" (RESTA, 2004, p. 12).

A realidade atual do cenário global frente o fenômeno dos fluxos migratórios revela uma total ausência de organização da convivência humana e requer conceber um espaço público mundial, sendo este entendido como aquele espaço de vida no qual a noção de pertencimento é comum a toda pessoa humana e não vinculado a um determinado território ou nação (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 53-54). Um "*ehtnos* comum", no dizer de Resta (2004, p. 76-77): "o *ethnos* seria uma estrutura fundadora que funciona como condição ao menos necessária para a Constituição [...]". A concepção de um espaço público mundial deve ter por objetivo dar oportunidades a cada pessoa humana de "construir, consciente e criativamente sua identidade, seus projetos e seus sonhos, enfim, sua dignidade de sujeito racional, a partir de direitos fundamentais socialmente reconhecidos" (CORRÊA, 2010, p. 27).

Como visto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é o marco da norma comum a ser alcançada por todos os povos e apresenta a perspectiva de pensar e compreender o atual cenário global de forma diferente da ideia de caos, no qual

a globalização é entendida "como uma nova selva na qual vencem os mais fortes, os mais astutos, os mais servis" (BAGGIO *in* SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 16, tradução nossa). E, nessa perspectiva, necessário se faz rever o projeto civilizatório da humanidade, concebendo uma estrutura para o espaço comum, para projeção de uma cultura constitucional de organização da convivência humana, independentemente das fronteiras territoriais entre Estados soberanos e de efetiva proteção de direitos humanos independentemente da(s) sua(s) cidadania(s) e, em respeito às diferenças identidades e alteridades culturais.

Ferrajoli (2007, p. 47) já alertou que é urgente pensar a "hipótese de uma integração mundial baseada no direito" e que, para o autor (2007, p. 46) "repensar o Estado em suas relações externas à luz do atual direito internacional não é diferente de pensar o Estado em sua dimensão interna à luz do direito constitucional", "porém, não nos limites do direito constitucional, mas sim, de uma cultura constitucional" (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 64).

Häberle (2001, p. 31, tradução nossa) propõe que a palavra chave seja a doutrina da Constituição como ciência da cultura:

> *A reflexão sobre a Constituição deve ser ampliada na dimensão das ciências da cultura. Tais ciências integram mas não substituem as concepções jurídicas tradicionais do direito constitucional. Servem para reforçar o Estado constitucional como tipo, tanto na sua normatividade quanto na sua normalidade. A "doutrina da Constituição como ciência da cultura", torna-se a palavra-chave, inclusive, dos textos jurídicos. Os textos jurídicos são 'literatura', acumulam a ciência, a jurisprudência constitucional e a realidade das constituições e requerem uma leitura comparada e coordenada. A doutrina da Constituição é o fruto de uma elaboração dos textos constitucionais.*

Observa-se que a doutrina da Constituição como ciência da cultura de Häberle tem como objeto "as Constituições democráticas de conteúdo e com processos essenciais firmados no Ocidente livre, composta de elementos reais e ideais – referentes ao Estado e à sociedade" (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 49). As Constituições democráticas têm um conteúdo com elementos capazes de promover o pensamento de uma cultura constitucional "sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem

nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição" (DUDH, Artigo II, 1), no sentido de colocar o direito e o Estado a serviço da sociedade, visando a proteção dos direitos das pessoas humanas independentemente da(s) cidadania(s).

Nesse sentido, repensar os Estados nacionais em suas dimensões internas e externas, através de uma cultura constitucional é condição de possibilidade para garantir a universalização dos direitos humanos e promover "uma ordem mais igualitária, justa, mas sem romper com as estruturas democráticas para garantir a todos a ideia de igualdade ao nascer, liberdade ao viver" (PANSIERI, 2016) e fraternidade ao conviver, pela efetividade dos direitos humanos (RESTA, 2004, p. 76).

Observa-se que a efetiva proteção universal dos direitos humanos implica em um acordo "sobre certas verdades práticas relativas ao bem comum" (SILVA, 2009, p. 50). Embora a formulação de um acordo não seja uma tarefa fácil, também não deve ser uma tarefa impossível:

> *Como o demonstrou de modo muito claro a Declaração Internacional de Direitos publicada pelas Nações Unidas em 1948, não é fácil, sem dúvidas, mas é possível estabelecer uma formulação comum dessas conclusões práticas ou, por outras palavras, dos vários direitos possuídos pelo homem em sua experiência pessoal e social. Seria, entretanto, completamente fútil procurar uma justificação racional comum para essas conclusões práticas e para esses direitos (MARITAIN, 1959, p. 90-91).*

Diante da ameaça à continuidade da existência humana na terra, um acordo prático deve ser perseguido independentemente de concepções teóricas diferentes – e, nesse sentido, o objetivo único para caminhar nessa direção é perseguir uma formulação comum, válida para todas as pessoas humanas, sem estabelecer qualquer diferença e sem causar qualquer prejuízo ao reconhecimento de valores essenciais relacionados à dignidade das diferentes identidades nacionais e alteridades culturais.

A humanidade precisa rever o projeto de civilidade e projetar culturalmente uma formulação comum, resguardando um rol mínimo de direitos e instrumentos capazes de proteger a dignidade da pessoa humana. Lembra-se que o respeito à dignidade foi mencionada por São Tomás de Aquino pela primeira vez ao cunhar a expressão *dignitas humana*, afirmando que "[...] a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo [...]" (FACHIN, 2009, p. 34). Um

atributo aparentemente simples frente à árdua tarefa da efetiva proteção universal dos direitos humanos, mas de conteúdo abrangente e que possui estreita ligação com a temática dos conflitos revelados pelo fenômeno dos fluxos migratórios, com implicações necessárias para compreensão de que a dignidade da pessoa humana é a única interpretação possível desses direitos e "[...] é a premissa cultural antropológica do Estado constitucional" (HÄBERLE, 2001, p. 31, tradução nossa).

Os fluxos migratórios geram uma inquietação em relação à não efetiva proteção dos direitos humanos, justamente pelo fato de que esses direitos encontram vigor na própria humanidade; porém, são aqueles, segundo Resta (2001, p. 13), "que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade". Para o autor, bastaria "escavar na fenda profunda que corre entre duas diferentes expressões como 'ser homem' e 'ter humanidade'. Ser homem não garante que se possua aquele sentimento de singular humanidade".

Pensar em uma dinâmica de "[...] tutela dos bens culturais nacionais e internacionais demonstra em particular como a humanidade é a partir da cultura" (HÄBERLE, 2001, p. 187, tradução nossa). Importa fazê-lo com esforços e responsabilidades em escala mundial, para que

> *[...] além de um caminho traçado em busca da paz, seja um código ético de validez e eficácia jurídica para a emancipação integral da humanidade, resguardado em um ordenamento projetado para o futuro como resultado de uma ação conjunta e complementar entre a razão e a história (SILVA, 2009, p. 52).*

Um projeto cultural para a humanidade significa dar continuidade ao projeto da modernidade naquilo que ele tem de melhor, compreendendo, no dizer de Häberle (2001, p. 187, tradução nossa) que o Estado constitucional não é um jogo de azar econômico e a

> *[...] doutrina da Constituição como ciência da cultura pode contribuir para reduzir a adoção da ideologia do bem-estar e do materialismo, para abandonar o economicismo que domina o pensamento e o agir político contemporâneo. A república não tem fundamento apenas nos mercados.*

Na doutrina da Constituição como ciência da cultura, o Estado constitucional e seus elementos principais são, então, entendidos como aquisição cultural, na órbita da cultura ocidental:

> *Este esboço pode ser suficiente para esclarecer que o tipo de "Estado constitucional" e seus elementos centrais são, por sua vez, uma aquisição da órbita das culturas ocidentais. A sua tipologia é o resultado e a prestação dos processos culturais, que passam de geração para geração e, sempre, são, novamente, retomados como "patrimônio cultural", por exemplo, nos textos dos clássicos. Ao mesmo tempo, o Estado constitucional é também um desafio para o futuro, a pretensão de não regredir no nível cultural adquirido, mas, mantê-lo e, se possível, de melhorá-los (como os anões se sentados nos ombros de gigantes serão capazes de ver mais além) (HÄBERLE, 2001, p. 32, tradução nossa).*

E, nesse sentido, o Estado constitucional entendido como progresso cultural é um desafio para o futuro, justamente, pela pretensão de não regredir nunca no nível cultural adquirido, uma vez que a dignidade da pessoa humana é a maior premissa cultural adquirida pela humanidade que, no atual cenário global, deve reger a organização da convivência humana que tem no planeta terra um espaço comum, um espaço público mundial, no qual a efetiva proteção dos direitos humanos deverá ser projetada à luz de uma cultura constitucional.

5. Projeto cultural para a construção de uma sociedade fraterna global

Quando a realidade vivenciada impõe o desafio da urgente organização da convivência humana pela consideração de que o planeta terra é um espaço comum e no qual a dignidade de cada pessoa humana representa uma conquista cultural, as Constituições dos Estados constitucionais devem ser entendidas como projetos culturais para efetivamente garantir direitos humanos – não apenas para os cidadãos mas para as pessoas, independentemente das diferentes cidadanias, identidades e culturas.

E, nesse compasso, sempre vale lembrar que o projeto da modernidade nasceu da relação de interdependência entre os três princípios do universalismo político

proclamados a partir da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade. E, em relação às grandes aspirações da boa vontade humana, Bobbio (2004, p. 81) adverte que o atraso já é demasiado, alertando para que se tenha cuidado de não aumentar esse atraso com a incredulidade, com a indolência e com o ceticismo, porque já não há "muito tempo a perder".

Para não perder mais muito tempo – e na perspectiva de organizar a convivência humana pela consideração de que o planeta terra é um espaço comum e único que até agora garante a continuidade da existência da humanidade – lança-se a pergunta sobre qual o tipo de sociedade a ser construída.

Esta pergunta é lançada como uma provocação ao cenário global que se apresenta diante do fenômeno dos fluxos migratórios, tendo já sido proposta para o Estado brasileiro (SILVA; BRANDÃO, 2015) com fundamento no texto do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Observa-se primeiramente que na doutrina da Constituição como ciência da cultura proposta por Häberle (2001) os preâmbulos das Constituições são um dos elementos que compõem a cultura constitucional, oferecendo uma visão geral do contexto histórico e cultural das Constituições, além de dar maior validade e capacidade vinculativa de interpretação à Constituição, conferindo, assim, legitimidade ao Estado constitucional.

O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 traz em seu texto uma fórmula prescrita que "comunica ao povo brasileiro a destinação do Estado Constitucional instituído" (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 126):

> *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1998).*

O texto do preâmbulo revela que o Estado democrático brasileiro instituído é e está destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a

considerá-los como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, assim como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, devendo ser fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias, tanto na ordem interna como também na ordem internacional.

Sem pretender reduzir a complexidade que há no conjunto de elementos que compõem o texto do preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, a abordagem nesse artigo está limitada a expressão sociedade fraterna.

Por sociedade fraterna entende-se um tipo de sociedade construída por pessoas humanas estimuladas a perceber o sentido da própria existência – e porque percebem o sentido da própria existência, adotam modos de vida que dão sentido à existência do humano e à sua continuidade no tempo e espaço da biosfera (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 151).

A sociedade fraterna é compreendida

> *[...] como princípio de interpretação da Constituição, tanto no sentido de que a Constituição é interpretada por meio da ideia de sociedade fraterna, tanto no sentido de que a própria Constituição opera como um critério de interpretação para a construção de uma sociedade fraterna. (BAGGIO in SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 11, tradução nossa).*

Embora possa parecer ambiciosa a ideia de apresentar a ideia de construção de uma sociedade fraterna, com fundamento no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, Baggio (*in* SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 13, tradução nossa) lembra que em outro tempo, esse foi, justamente, o desafio lançado pela Europa:

> *No entanto, o desafio de construir uma sociedade fraterna foi aquele que a Europa lançou a si mesma em um outro momento, logo após a Segunda Guerra Mundial, quando alguns países adotaram a ideia de uma Europa unida, concebida como uma sociedade fraterna, construída entre nações que eram inimigas mortais. Não se tratava apenas de um projeto institucional, mas também, ao mesmo tempo cultural, de construir o que eu chamaria de uma "sociedade de sociedades", que viram na construção de um espaço cultural comum, mesmo na vida cotidiana, no curso de estudos que levam os alunos a se graduarem em universidades frequentadas em diversos países europeus, na multiplicação das famílias "mistas", um efetivo cruzamento de interesses econômicos e de relações vitais. Tudo era impensável imediatamente logo após os anos do pós-guerra, mas agora é uma realidade. E em cada momento de*

> *mudança histórica se faz necessário que exista alguém que saiba pensar no futuro, no que diz respeito à complexidade, como o foi para a ideia de uma Europa unida. Nós, europeus, tínhamos apenas deixado o nazi-fascismo, e a fraternidade entre os Fortes, que foi um dos chavões, um dos ideais mais fortes da luta de libertação, tornou-se um ideal que deveria ser levado a todas as nações da terra, começando pela Europa.*

A construção de uma sociedade fraterna global a partir de um projeto cultural que tenha por fundamento o sentido da existência do humano traz um grande e novo desafio à humanidade – que na organização da própria convivência terá de priorizar não a reivindicação do caráter funcional e sim a reivindicação do caráter humano, sendo o humano o "sentido relacional de pensar e agir da pessoa humana" (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 151).

Na concepção de uma sociedade fraterna global – a sociedade das sociedades –, não se pode mais falar, simplesmente, em sociedade humana, porque essa expressão não é equivalente à expressão sociedade do humano, explica Donati (2006, p. 162-163, tradução nossa):

> *A sociedade do humano se distingue da sociedade humana porque: a) entende que a sociedade não é feita de indivíduos e sim de relações sociais; b) por essa razão, as relações concretas que configuram a sociedade (que fazem sociedade) não são imediatamente humanas (quer dizer, humanas sem mais mediação); mas para ser humanas, devem estar mediadas por uma ação humana capaz de reflexibilidade. A sociedade do humano é aquela que se gera em cada âmbito da vida social (desde a família até a política, como resultado da aplicação da distinção humano – não humano, levando em conta em cada relação social, como critério de valoração [...], para ver se os processos sociais estão operando de modo humano ou não, quer dizer, de acordo com semânticas centradas na pessoa humana, distintas daquelas centradas no poder sobre o poder (sistema político, [...]), sobre o benefício (sistema econômico, [...]) ou sobre a influência ou persuasão [...].*

As transformações sociais decorrem de "entrelaçamentos de elementos humanos e não humanos" (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 148) e os fenômenos migratórios revelam um processo social com flagrante ausência da aplicação da distinção entre o que é humano e o que não é como critério de valoração da efetiva proteção dos direitos humanos.

E, nesse sentido, o fenômeno dos fluxos migratórios internacionais revela à humanidade que o projeto civilizatório de organização da convivência humana

está ultrapassado e que revê-lo se faz urgente – sendo, então, pertinente conceber um espaço público mundial, a partir de um projeto cultural de construção de uma sociedade fraterna global, reivindicando o sentido da existência do humano e a sua continuidade no tempo e espaço da biosfera e, efetivamente, fazer valer a igualdade ao nascer, liberdade ao viver e fraternidade ao conviver!

6. Considerações finais

É evidente que o fenômeno dos fluxos migratórios revela à humanidade que não é mais possível permanecer alheia à realidade desumana vivenciada pelos migrantes.

O desprezo pela efetiva proteção dos direitos humanos comprova que o projeto civilizatório da humanidade está ultrapassado por pensamentos, palavras e ações limitadas a uma noção de pertencimento de fronteiras fechadas, com barreiras físicas, conceituais ou culturais, as quais erguem muros, reproduzem discursos e formulam ações desprovidas de qualquer sentimento daquilo que é e deve ser humano.

Conforme demonstrado pelo estudo realizado, é urgente organizar a convivência humana pela efetiva garantia da universalidade dos direitos humanos, projetando culturalmente a unicidade existencial com igual dignidade, como valor intrínseco da condição de existir e continuar existindo como espécie humana que é e que tem no planeta terra, um espaço comum de vida.

Não obstante as dificuldades teóricas e práticas, não faltam boas razões para conceber um espaço público mundial, uma estrutura fundadora para projetar uma cultura constitucional de organização da convivência humana, independentemente de outras condições que não tenham o sentido do humano, resguardando um rol mínimo de direitos e instrumentos capazes de proteger a dignidade da pessoa humana.

A potencialização da urgente necessidade da efetiva garantia dos direitos humanos deflagrada pelo fenômeno dos fluxos migratórios desafia a humanidade e impõe o dever de rever o projeto civilizatório e promover a proteção desses direitos para além das dimensões internas dos Estados constitucionais.

Promover uma cultura constitucional na qual a maior premissa é a dignidade da pessoa humana perpassa pela compreensão de que o Estado constitucional é uma conquista cultural, no qual a ideia é de progredir no nível cultural adquirido e projetar constitucionalmente o tipo de sociedade a ser construída pela humanidade.

Para definir o tipo de sociedade a ser construída à luz de uma cultura constitucional encontra-se no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, na expressão sociedade fraterna que remete à ideia lançada na Europa depois da Segunda Guerra Mundial e evoca a concepção de uma sociedade fraterna global fundada na priorização do caráter humano, na reivindicação do sentido da existência do humano e da sua continuidade no tempo e espaço da biosfera – a fim de, efetivamente, fazer valer a igualdade ao nascer, a liberdade ao viver e a fraternidade ao conviver!

Referências

BAGGIO, Antonio Maria. Prefácio. In: SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Constituição e Fraternidade*. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade:* entrevista a Nenedetto Vecchi. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2005.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Preâmbulo. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 abr. 2017.

CORRÊA, Darcísio. *Estado, cidadania e espaço público:* as contradições da trajetória humana. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

CORTI, Paola. *Storia delle migrazioni internazionali*. Roma-Bari: Laterza, 2010.

DONATI, Pierpaolo. *Repensar la Sociedad*. El enfoque relacional. Tradução de Pablo García Ruiz. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2006.

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 24 maio 2017.

FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos:* teoria e práxis na Cultura da tolerância. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*: Nascimento e Crise do Estado nacional. 2. ed. Tradução de Carlo Coccioli, Marcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Diritti fondamentali*: un dibattito teorico. A cura di Ermanno Vitale. 3. ed. Roma: Editori Laterza, 2008.

FERRERO, Paolo. *Immigrazione*. Fa più rumore l´albero che cade che la foresta che cresce. Claudiana: Torino, 2007.

GOZZINI, Giovanni. *Le migrazioni di ieri e di oggi*. Una storia comparata. Genova: Mondadori, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Per una Dottrina della Costituzione come Scienza della Cultura*. Roma: Carocci editore. 2001.

MARITAIN, Jacques. *O Homem e o Estado*. Tradução de Alceu de Amoroso Lima. 3 ed.. Rio de Janeiro: Agir, 1959.

MARRAMAO, Giacomo. *La passione del presente*. Breve lessico della modernità-mondo. Torino: Bollati Boringhieri, 2008.

PANSIERI, Flávio. *Dicotomia entre Justiça e Liberdade*. XII Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba/PR. 26 a 28 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/novo/?menu=vernoti&id=60>. Acesso em: 04 abr. 2017.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. Teoria e Prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad del Extremado de Colombia, 2002.

PIFFER, Carla. *Transnacionalidade e Imigração:* a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. 2014. 345f. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica), Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, Itajaí, 2014. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998

_____. *Direitos humanos e justiça internacional*. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RESTA, Eligio. *Direito Fraterno*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SILVA, Ildete Regina Vale da. *A Fraternidade como um valor que o direito pode e deve (re)construir:* uma abordagem à luz dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais. 2009. 152 f. Dissertação (Mestrado em Fundamentos do Direito Positivo) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2009. Disponível em: <https://siaiap39.univali.br/repositorio/handle/repositorio/2093?mode=full>. Acesso em: 27 abr. 2017.

SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Constituição e Fraternidade*. O Valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015.

Desafio à universalização dos direitos humanos: o direito fundamental de exercício da própria cultura

Challenge to the universalization of human rights: the fundamental right to exercise own culture

Carlos Pinna de Assis Júnior[*]/Rafael Sousa Fonsêca[**]

RESUMO: O estudo analisa o fenômeno da universalização dos direitos humanos, confrontando-o com a necessidade de preservação do direito de exercício da própria cultura. Para tanto, examina a origem e a evolução do processo de internacionalização dos direitos humanos, sobrelevando a dignidade da pessoa humana e sua efetiva abrangência como valor universal. Delineia o verdadeiro significado que tal princípio deve assumir diante das particularidades culturais, alertando para a preservação do mínimo ético irredutível como instrumento de conciliação ante a diversidade cultural. Utiliza, como substrato, o método hipotético-dedutivo e como fontes precípuas a revisão bibliográfica e as normas jurídicas afetas ao tema.

PALAVRAS- CHAVE: universalidade; diversidade cultural; dignidade; conformação.

ABSTRACT: The study analyzes the phenomenon of the universalization of human rights, confronting with the necessity to preserve the right to exercise one's culture. In order to, it examines the origin and evolution of internationalization of human rights, raising the human´s dignity principle and its effective comprehensiveness as a universal value. It delineates the true meaning that must be assumed before the cultural particularities, alerting to preservation of irreducible ethical minimum as an instrument of conciliation before the cultural diversity. The hypothetical-deductive method is used as substrate, and the bibliographic review and legal norms related are the most important sources.

KEYWORDS: universality; cultural diversity; dignity; conformation.

---

[*] Advogado e mestrando da Pós-graduação em Direito na Universidade Federal de Sergipe (UFS), Aracajú/SE/Brasil.

[**] Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Mestrando da Pós-graduação em Direito na UFS.

1. Introdução

A internacionalização dos direitos humanos – fenômeno de profunda relevância na consolidação de uma sistemática normativa mundial de proteção de tais direitos – é resultado de constante processo evolutivo impulsionado, sobretudo, pela necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana como valor universal.

A redefinição do conceito de soberania estatal e a legitimação dos indivíduos como sujeitos de direito no panorama internacional são as principais características desta nova dimensão dos direitos humanos, deflagrada por meio de institutos de relevo histórico como o direito humanitário, a Convenção da Liga das Nações e a criação da Organização Internacional do Trabalho. Todos estes, anote-se, sementes da nova perspectiva dos direitos humanos que veio a se consolidar no século XX.

É na segunda metade do referido século, com o fim da Segunda Guerra Mundial e a ruína dos regimes totalitários dominantes, que se solidifica a necessidade de máxima proteção dos direitos humanos. Para tanto, instrumentos normativos de integração mundial passaram a constituir o escopo principal dos Estados-nações com vistas, sobretudo, a evitar a repetição das atrocidades assistidas naquele momento histórico condenável.

Decorrente do aprendizado extraído de um período de barbaridades perpetradas contra a humanidade, a Declaração dos Direitos Humanos, proclamada em 1948, inaugura os diplomas normativos a orientar as nações de todo o mundo na direção da máxima proteção dos direitos humanos. A ela, seguiram-se diversos outros textos normativos, dentre os quais se destaca a Declaração de Viena de 1993, notadamente por explicitar o caráter universal dos direitos humanos.

É sob esta perspectiva da universalidade, no entanto, que se verifica o principal desafio atinente aos direitos humanos hodiernamente. Se, por um lado, é certo que tais direitos devem ser conferidos a todos os indivíduos, independentemente de religião, raça, território ou cultura, como compatibilizar este caráter universal com as peculiaridades culturais de certos povos? Como declarar que determinada conduta é universalmente afrontosa aos direitos humanos se, em determinada nação, é manifestamente aceita ou, em certos casos, até mesmo compelida?

Registre-se, neste contexto, que a necessidade e importância da reflexão acerca do tema se evidenciam na medida em que a internacionalização dos direitos humanos não pode ser refreada ante a justificativa do direito fundamental de exercer a própria cultura. Impõe-se, por esta razão, a urgente observância de certos limites a tal argumentação, sob pena de comprometimento da essência da dignidade da pessoa humana como valor universal.

Adota-se, no presente estudo, como fontes de pesquisa a análise de doutrinas, repositórios jurisprudenciais e a Internet para atualização, bem como renovação de conceitos, tudo a fim de bem explorar o tema que se propõe a abordar.

Nesta ótica, será utilizado o método hipotético-dedutivo, indo além da pesquisa metodológica interpretativa das leis e da pesquisa metodológica qualitativa, com a finalidade de estabelecer um elo envolvendo o método histórico e o método evolutivo.

2. O processo de internacionalização dos direitos humanos: origem e evolução histórica

A internacionalização dos direitos humanos é fruto de intenso processo histórico de lutas e conquistas, permanentemente guiado pela necessidade de materialização de um conjunto normativo promotor da expansão e proteção destes direitos.

Suplantando-se a recorrente discussão acerca do fundamento e da natureza dos direitos humanos com o assentimento de que constituem direitos históricos que possuem como substrato primordial a preservação da dignidade da pessoa humana, o que se impõe sobrelevar é, efetivamente, a necessidade de sua proteção. Com efeito, na esteira da lição de Norberto Bobbio (1992, p. 25), o maior desafio dos direitos humanos, hoje, "não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los".

Desta forma, e considerando que a internacionalização dos direitos humanos colima a criação de mecanismos normativos e institucionais de cooperação mundial para melhor protegê-los, imprescindível, para tanto, compreender as origens de tal processo.

Registre-se inicialmente, que remontam ao denominado direito humanitário, à Convenção da Liga das Nações e à Organização Internacional do Trabalho (OIT) as primeiras centelhas do processo de internacionalização dos direitos humanos.

O direito humanitário – conjunto de normas e costumes específicos para períodos de guerra voltados à proteção de militares fora de combate (feridos ou prisioneiros) e civis – é fruto da necessidade de regulamentação jurídica do emprego da força e violência no plano internacional. Representou, portanto, o primeiro sinal de limitação à soberania dos Estados, ainda que restrito aos períodos de conflito armado.

Também a Liga das Nações, criada em 1920 com o propósito de impulsionar a paz e segurança internacional, reforçou a concepção limitadora da soberania estatal. Estabelecendo sanções econômicas e militares aos Estados que descumprissem as suas previsões, a Convenção da Liga das Nações configurou-se, destarte, relevante instrumento no processo evolutivo da internacionalização dos direitos humanos.

De igual modo, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), instituída após a Primeira Guerra Mundial, reforça tal processo na medida em que se propôs a parametrizar internacionalmente as condições de trabalho e bem-estar dos trabalhadores.

Com estes três institutos históricos, redesenha-se o alcance e o tradicional conceito de soberania estatal, bem como o reposicionamento do indivíduo no cenário internacional, passando a ser sujeito de direitos. Acerca da importância de cada um deles, a lição de Flávia Piovesan:

> *Seja ao assegurar parâmetros globais mínimos para as condições de trabalho no plano mundial, seja ao fixar como objetivos internacionais a manutenção da paz e segurança internacional, seja ainda ao proteger direitos fundamentais em situações de conflito armado, tais institutos se assemelham na medida em que projetam o tema dos direitos humanos na ordem internacional. (PIOVESAN, 2006, p. 112)*

Com efeito, verifica-se a partir de então o rompimento de uma era em que o direito internacional restringia-se ao âmbito exclusivamente governamental. É, de fato, a superação de um conceito tradicional que sustentava ser o Estado o único sujeito de direito internacional e exclusivo legitimado a atuar neste plano jurídico.

A internacionalização dos direitos humanos, portanto, inaugura uma nova fase em que as obrigações internacionais passam a salvaguardar os direitos do ser humano e não apenas as prerrogativas dos Estados, emergindo a ideia de que o indivíduo é não apenas objeto, mas também sujeito de direito internacional. Bem esclarecem André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros sobre este novo período:

> *O direito internacional ficará muito próximo de um verdadeiro direito das gentes e ter-se-á afastado irreversivelmente de um simples direito entre Estados. Onde já vai o tempo em que os manuais se podiam esquecer do indivíduo como sujeito do direito internacional! (PEREIRA, 1993, p. 408)*

Neste contexto, é precisamente após a Segunda Guerra Mundial que a internacionalização dos direitos humanos se solidifica, diante da urgente necessidade de se desenvolver mecanismos internacionais de proteção normativa de tais direitos. Considerando as atrocidades perpetradas pelo totalitarismo, restou inadiável a formatação de um sistema normativo mundial de proteção dos direitos humanos, tudo a fim de evitar a repetição das brutalidades históricas ocorridas àquele período.

É nesta perspectiva que em 1945, com o Acordo de Londres, nasce oficialmente o denominado Tribunal de Nuremberg, Corte militar internacional com a finalidade de processar e julgar os responsáveis pela prática de crime contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade durante a Segunda Guerra. Como consequência de seu desempenho, constata-se a solidificação do processo de internacionalização dos direitos humanos, ratificando-se a limitação da soberania estatal e a legitimidade dos indivíduos como sujeitos do direito internacional.

Ainda neste processo evolutivo de internacionalização dos direitos humanos e também como resposta às atrocidades da Segunda Guerra, a Carta das Nações Unidas, editada em 1945, constitui relevantíssimo passo na direção de um sistema mundial de proteção de direitos humanos que concedesse maior amplitude e segurança jurídica aos indivíduos de todo o mundo.

Estarrecidos com as práticas desumanas durante a Segunda Guerra, a união de diversos países no ano de 1945 para a criação de um organismo internacional de propósitos comuns atinentes a direitos humanos deu origem à Organização das

Nações Unidas (ONU). Para Flávia Piovesan, o pós-guerra impôs a necessidade de redesenho na forma de proteção dos direitos humanos:

> *No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito. Diante dessa ruptura, emerge a necessidade de reconstruir os direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. (PIOVESAN, 2006, p. 116)*

Às Nações Unidas, portanto, competiu a nobre tarefa de reconstruir os paradigmas então existentes. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é a manifesta e oficial comprovação de que os países do mundo não mais admitiriam as crueldades do passado. Embora formalmente não se configure um tratado, possui inquestionável força jurídica vinculante por ser concebida como a interpretação autorizada da expressão "direitos humanos", constante da Carta das Nações Unidas.

Com um cunho inegavelmente universalista, tal documento elenca tanto direitos civis e políticos como direitos sociais, econômicos e culturais, conjugando o valor da liberdade com o da igualdade. Na visão de Fabio Konder Comparato:

> *Surge agora à vista o termo final do longo processo de unificação da humanidade. E, com isso, abre-se a última grande encruzilhada da evolução histórica: ou a humanidade cederá à pressão conjugada da força militar e do poderio econômico-financeiro, fazendo prevalecer uma coesão puramente técnica entre os diferentes povos e Estados, ou construiremos enfim a civilização da cidadania mundial, com o respeito integral aos direitos humanos, segundo o princípio da solidariedade ética (COMPARATO, 2005, p. 57).*

Demarca-se, assim, a concepção contemporânea de direitos humanos como uma unidade interdependente e indivisível, estampando-se a pretensão de torná-lo universal. A materialização de tal anseio, contudo, não obstante formalmente expressa, requer a superação de inúmeros entraves, consubstanciadas nas dificuldades práticas de convivência em uma sociedade reconhecidamente plural e diversificada.

3. A pretensão de universalidade dos direitos humanos e os fatores de resistência

A consagração de uma ordem pública mundial pautada no respeito à dignidade da pessoa humana e formada por um conjunto de obrigações e faculdades aplicáveis universalmente a todos os indivíduos é o que define a pretensão de universalidade dos direitos humanos.

Assinale-se que tal concepção remonta ao período Antigo, desde as remotas concepções gregas. Perpassa, ainda, as ideias iluministas simbolizadas por John Locke – para quem o estado de natureza pode ser repristinado no estado civil por meio de um poder coercitivo recipiente de direitos naturais – e Jean Jacques Rousseau, defensor da concepção de que "o homem nasceu livre" (SOARES, 2011, p. 113).

Verifica-se que a compreensão da universalidade no âmbito dos direitos humanos se efetiva, assim, em três dimensões: a da titularidade, a temporal e a cultural. É neste sentido que André de Carvalho Ramos identifica tais características:

> *Com efeito, a universalidade dos direitos humanos pode ser entendida em três planos. O primeiro plano é o da titularidade. Assim, os direitos humanos são universais porque seus titulares são os seres humanos, sem distinção de qualquer ordem (religião, gênero, convicção política, raça, nacionalidade, entre outros). O segundo plano é o temporal, no qual os direitos humanos são universais, pois os homens os possuem em qualquer época da história. Por fim, há o plano dito cultural, no qual os direitos humanos são universais porque permeiam todas as culturas humanas, em qualquer parte do globo. (RAMOS, 2012, p. 146)*

De fato, malgrado as distinções de cunho cultural, religioso, político, territorial ou étnico, os direitos humanos devem integrar-se a um panorama mundial comum, em que a dignidade da pessoa humana deve ser escopo central de suas atuações.

É neste exato contexto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, concebida em resposta às atrocidades praticadas no período totalitário, corrobora o processo de promoção de uma "ética universal", expressão bem gravada por Eduardo Muylaert Antunes (1972, p. 397), para quem "a Declaração Universal dos Direitos Humanos se impõe com o 'valor da afirmação de uma ética universal' e conservará sempre seu lugar de símbolo e ideal".

Ainda sob esta perspectiva, observa-se que os próprios termos utilizados pela Declaração revelam tal caráter, ao valer-se de expressões universalistas como "todas as pessoas" (artigo 2.º da Declaração: todas as pessoas têm direito a vida e a liberdade), "ninguém" (artigo 5.º da Declaração: ninguém poderá ser submetido a tortura), dentre outros de semântica que remetem à ideia de universalidade.

A conjuntura histórica em que tal diploma é concebido – o fim da Segunda Guerra Mundial, período notadamente marcado por barbáries – justifica a pretensão de uma conduta ética mundial comum, a fim de evitar a repetição das brutalidades adotadas contra determinados indivíduos, então distinguidos pela origem étnica.

A característica da universalidade dos direitos humanos traduz, assim, a necessidade de ruptura da herança nazista e o seu abominável modelo de preponderância de raças humanas (ao condicionar a titularidade de direitos ao pertencimento a determinada raça) e a promoção de valores universais que abstraíssem qualquer distinção de cunho étnico, cultural, religioso ou político.

A ratificação deste conceito da universalidade dos direitos humanos pode ser observada na Declaração de Viena, proclamada em 25 de junho de 1993 e cujo primeiro artigo professa: "a natureza universal desses direitos e liberdades não admitirá dúvidas". É, no entanto, precisamente em seu artigo quinto que se explicita tal característica:

> *Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (VIENA, 1993).*

No entanto, em que pese a explicitação do caráter universal dos direitos humanos em vários diplomas normativos internacionais, é necessário consignar que persiste, ainda, forte resistência à ideia de submissão de todos os indivíduos, indistintamente, a normas de direitos humanos universalmente abrangentes: é a teoria do relativismo dos direitos humanos.

Para os defensores de tal compreensão, a diversidade cultural não comportaria a almejada padronização ética mundial. A consagração de valores comuns universais é, portanto, tema ainda a despertar inúmeros questionamentos, assim sintetizados por André de Carvalho Ramos:

> *Nesse momento, surgem as dúvidas tradicionais: são os direitos humanos universais? Comporiam apenas um discurso ocidental ou ocidentalizado? A universalização dos direitos humanos não eliminará a diversidade cultural que marca a humanidade? A linguagem dos direitos humanos não é totalitária ao exigir padrões de comportamento que ignoram o multiculturalismo e as diferenças entre os povos? (RAMOS, 2012, p. 143)*

Os argumentos contrários à universalidade se justificam, inicialmente, no âmbito filosófico, apregoando a concepção de que o mundo é fundado em múltiplas compreensões valorativas, nada sendo, portanto, verdadeiramente universal.

Há, ainda, argumentos de cunho formal contrários à universalidade dos direitos humanos: argui-se, por um lado, a ausência de efetiva legitimidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, tendo em vista a abstenção de oito das nações participantes; ademais, suscita-se a ausência de diversas colônias na Ásia e África que não participaram da elaboração da Carta.

Como argumento de ordem geopolítica, a teoria relativista alerta que vários Estados aderem a tratados de direitos humanos apenas com a finalidade de exercerem a política externa, não respeitando, na prática, os preceitos nele contidos.

A justificativa cultural, por seu turno, denota os diferentes desenvolvimentos históricos e, por consequência, as dificuldades de relação entre o indivíduo e sua comunidade, exemplificando que as sociedades africanas e asiáticas possuem valores específicos que não podem sem facilmente comparados àqueles pertencentes à cultura ocidental. Como exemplo, a prática de mutilações genitais femininas amparadas diante da cultura e da religião de tais nações, em oposição à compreensão universal da dignidade humana. Acrescenta ainda André de Carvalho Ramos:

> *A desigualdade dos sexos, a clitoridectomia já citada, os direitos sucessórios desiguais no mundo muçulmano, o dote obrigatório das noivas, os casamentos combinados, entre outros casos, são questões que desafiam vários direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas que se encontram inseridos em práticas culturais tradicionais. (RAMOS, 2012, p. 154-155)*

Por fim, o argumento desenvolvimentista assevera que a proteção e implementação dos direitos humanos demandam um estado avançado de desenvolvimento econômico. Nesta perspectiva, os direitos sociais são mencionados como exemplos de oscilação no grau de proteção a depender do nível de desenvolvimento da região.

Com efeito, é instigante o debate acerca da universalidade dos direitos humanos ante a diversidade cultural. Encarar a noção de integral abrangência de direitos humanos em um mundo repleto de particularidades é a tarefa que se impõe hodiernamente: como declarar que certa conduta é indigna à pessoa humana se, em sua cultura particular, a referida prática é plena e verdadeiramente aceitável?

4. A dignidade da pessoa humana no contexto da universalidade dos direitos humanos

Salvaguardar a dignidade da pessoa humana – valor máximo e verdadeiro fundamento de sua existência – é, em última razão, a essência do direito internacional dos direitos humanos, que deflagra novas concepções normativas e novos panoramas institucionais com vistas a promover a integração mundial para esta finalidade comumente reclamada.

Originalmente concebida como reflexo religioso – o homem à imagem e semelhança de Deus – a dignidade da pessoa humana transcorreu o período Iluminista e adentrou ao mundo filosófico pautando-se na razão, na capacidade de valoração moral e na autodeterminação dos indivíduos.

Acerca dos precedentes históricos do valor da dignidade da pessoa humana, Luís Roberto Barroso assim discorre:

> *A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia, onde pensadores inovadores como Cícero, Pico della Mirandola e Immanuel Kant construíram ideias como antropocentrismo (uma visão de mundo que reserva ao ser humano um lugar e um papel centrais no universo), o valor intrínseco de cada pessoa e a capacidade individual de ter acesso à razão, de fazer escolhas morais e determinar seu próprio destino. Tendo suas raízes na ética, na filosofia moral, a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta*

> *e à vida boa. Ao longo do século XX, principalmente no período após a Segunda Guerra Mundial, a ideia de dignidade humana foi incorporada ao discurso político das potências que venceram o conflito e se tornou uma meta política, um fim a ser alcançado por instituições nacionais e internacionais (BARROSO, 2014, p. 61).*

A célebre distinção ética entre "coisas" e "pessoas" formulada por Immanuel Kant é também um precioso meio de se compreender a essência de tal valor para a humanidade. Fundamentando o seu pensamento nas concepções de razão e dever, Kant desenvolve a compreensão da ética na capacidade de o indivíduo descobrir a sua própria lei moral e, por meio dela, guiar a sua conduta.

Para o filósofo prussiano, os predicados da autonomia e da autodeterminação justificam a dignidade da pessoa humana, e não apenas o fato de ela ser tratada como um fim em si (e não como meio para a obtenção de algum resultado, como ocorre com as coisas). Como conclusão deste pensamento kantiano, a lição de Fabio Konder Comparato:

> *Daí decorre, como assinalou o filósofo [Kant], que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma (COMPARATO, 2005, p. 21-22).*

É, no entanto, apenas no século XX e, sobretudo, a partir da Segunda Guerra Mundial, que a dignidade da pessoa humana se reveste de cunho jurídico, configurando-se verdadeiro objetivo político a ser perseguido pelos Estados e pela sociedade. Daí a sua expressa inclusão nas Constituições modernas, como escudo da humanidade.

Prevista na Constituição Mexicana de 1917 e, em seguida, na Constituição de Weimar de 1919, a dignidade da pessoa humana passa, então, a assumir conotação também jurídica. Registre-se que até mesmo as cartas constitucionais não democráticas da França e da Espanha (a primeira como esboço de constituição formatada em 1940 pelo Marechal Petain; e a segunda como Lei Constitucional decretada por Francisco Franco, em 1945, durante o período ditatorial) previram-na como valor e a incluíram em seus documentos jurídicos.

Entretanto, é verdadeiramente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada de forma unânime em 1948 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que se consolida tal valor. O referido diploma professa em seu artigo 6.º que "todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei". Tal assertiva consolida, assim, a dignidade da pessoa humana como fundamento e objetivo central dos direitos humanos, atributo assim estampado por Fabio Konder Comparato:

> *Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias (COMPARATO, 2005, p. 60).*

A complexidade moral de estabelecer critérios para aferir o limite de condescendência a certas condutas é, desta forma, um desafio. Desde o clássico julgamento pelo Conselho de Estado francês ao considerar atentatória à dignidade humana a atividade de "arremesso de anão" praticada como mero entretenimento por frequentadores de uma casa noturna – ainda que aquiescida pelo próprio indivíduo afetado (o anão) –, verifica-se quão delicado é o tema.

Seja nesta ou em outras circunstâncias como os temas raciais decorrentes da prática do holocausto, os direitos assistenciais a práticas de suicídio assistido e aborto, a necessidade de transfusão sanguínea e, ainda, os temas relativos a casamento homoafetivo ou descriminalização de drogas "leves", constata-se um flagrante confronto entre a necessidade de preservação da dignidade da pessoa humana e a compreensão de respeito às peculiaridades étnicas, religiosas ou políticas em cada caso concreto.

Oportuno registrar, neste contexto, a Lei de n.º 2010-1192, instituída na França em 11 de abril de 2011, que proíbe a utilização de véus (burca e "niqab") em espaços públicos. Tal conduta passou a constituir, a partir de então, infração penal, afetando, assim, todas as mulheres naquele país que, por orientação religiosa, utilizam algum tipo de véu. Como consequência, deflagrou-se o debate acerca da possível afronta à liberdade de religião.

De igual modo, não é tarefa simples analisar certos costumes culturais em relação às mulheres praticados em determinadas nações africanas, posto que alegadamente incompatíveis com a pretensão da universalidade da dignidade da pessoa humana.

A clitoridectomia (mutilação genital feminina) é uma destas práticas que persiste ainda nos dias atuais. Alicerçada em justificativas de cunho cultural e religiosa, esta *práxis* que, segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), é adotada ao menos em 28 (vinte e oito) países africanos, asiáticos e do Oriente Médio, mutila física e psicologicamente a mulher, estimando-se que mais de 100 (cem) milhões em todo o mundo já tenham sido submetidas a tal procedimento.

Como, portanto, justificar tal costume, ainda que amparado em crenças culturais e religiosas, quando comprovadamente atentatórias à dignidade das mulheres? Como compreender que a tradição religiosa deve sobrepor-se ao supremo valor intrínseco às mulheres e a todos os seres humanos: a *dignitatis humanae*.

Suscita-se, nesta perspectiva, a lição de Jack Donnelly, para quem as tradições culturais não servem de argumento a justificar certas práticas. Em veemente assertiva, sustenta o doutrinador:

> *Nós não podemos passivamente assistir a atos de tortura, desaparecimento, detenção e prisão arbitrária, racismo, antissemitismo, repressão a sindicatos e Igrejas, miséria, analfabetismo e doenças em nome da diversidade ou respeito a tradições culturais. Nenhuma dessas práticas merece nosso respeito, ainda que seja considerada uma tradição (DONNELY apud PIOVESAN, 2011, p. 207-208).*

A tensão existente entre a compreensão da dignidade humana como valor universal e as particularidades culturais a justificar o exercício de certas condutas consideradas universalmente afrontosas a essa mesma dignidade humana pode, ainda, ser estimulada com a lição de André de Carvalho Ramos, que assim esclarece a circunstância:

> *Não se trata de buscar, assim, um denominador comum mínimo dos diversos valores culturais, que aceita diversas condutas humanas apenas por serem integrantes de tradições culturais, em sacrifício da dignidade da pessoa humana, mas de se afirmar que a pluralidade de culturas e orientações religiosas (ou de cosmovisões) devem ser respeitadas com o reconhecimento da liberdade e participação com direitos iguais para todos (RAMOS, 2012, p. 157).*

Eis, portanto, o desafio que se afigura hodiernamente: a equalização dos direitos humanos, e em especial a dignidade da pessoa humana, em um cenário mundial culturalmente diversificado.

5. A busca do ponto de equilíbrio entre a dignidade da pessoa humana como valor universal e o direito fundamental de exercer a própria cultura

Considerando a característica de universalidade dos direitos humanos e tendo em vista a proeminência da dignidade da pessoa humana como valor fundamental de tais direitos, verifica-se o desafio da sua salvaguarda como valor universal diante das particularidades culturais apresentadas no contexto mundial.

O reconhecimento e respeito à diversidade cultural, pontue-se, é tarefa que ultrapassa a mera política diplomática, configurando verdadeiro dever fundamental que emana do direito de os indivíduos exercerem a própria cultura. Não à toa, os diplomas internacionais reconhecem expressamente o direito de gozo da própria cultura e da profecia e prática da própria religião.

Reafirme-se que o direito de exercer a própria cultura configura, assim, legítimo direito fundamental, podendo ser classificado como verdadeiro direito de defesa consoante a célebre distinção de Ingo Sarlet. Para o referido doutrinador, os direitos fundamentais distinguem-se em direitos a prestações e direitos de defesa, definindo a função destes últimos como sendo a de obrigar os poderes públicos à abstenção, "implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições" (SARLET, 2010, p. 168).

É sob esta perspectiva que o direito fundamental à cultura apresenta reconhecida complexidade, como esclarece Vasco Pereira da Silva:

> *O direito fundamental à cultura e às relações jurídicas multilaterais dele decorrentes envolvem uma grande variedade e diversidade de sujeitos jurídicos, tanto indivíduos (ou grupos de indivíduos) como pessoas colectivas, tanto privados como públicos, tanto activos como passivos, tanto titulares de direitos como obrigados a deveres ou tarefas. Este carácter complexo do direito à cultura (não só do ponto de vista do respectivo objeto ou conteúdo, mas também) da perspectiva dos sujeitos obriga ainda a considerar a questão dos destinatários da norma, distinguindo consoante se trata do direito subjetivo, globalmente considerado, ou de cada um dos respectivos (sub)direitos, faculdades, deveres, tarefas, ou princípios jurídicos de actuação (SILVA, 2007, p. 102).*

Etimologicamente derivada do latim *culturae*, que significa "ação de tratar", "cultivar", posteriormente adquirindo a conotação de "cultivar a mente e os conhecimentos" (DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO, 2016), a cultura é, inegavelmente, instrumento de extrema relevância para o convívio dos seres humanos. Tendo em vista que desperta valores comuns, inspira o sentimento de pertencimento a um grupo e o reconhecimento de seu semelhante, configurando meio fundamental de identificação social.

As culturas são, deste modo, e por natureza, essencialmente diferentes, embora interligadas. Neste aspecto, e contrapondo-se à "política da dignidade igual", o filósofo Charles Taylor suscita a "política da diferença", provocando a concepção de identidade individualizada, assim detalhando o seu pensamento:

> *Com a política da dignidade igual, aquilo que é estabelecido pretende ser universalmente o mesmo, uma cesta idêntica de direitos e imunidades; com a política da diferença pedem-nos para reconhecer a identidade peculiar desse indivíduo ou grupo, aquilo que o distingue de todas as outras pessoas. (...) Onde a política da dignidade universal lutava por formas de não discriminação que fossem 'cegas' às maneiras pelas quais os cidadãos diferem, a política da diferença redefine com freqüência a não-discriminação como algo que requer que façamos dessas distinções a base do tratamento diferenciado (TAYLOR, 2000, p. 250).*

Na busca pela convergência, Boaventura de Souza Santos (2003, p. 25) propõe a superação do debate entre universalismo e relativismo, conclamando a compreensão multicultural emancipatória dos direitos humanos e advertindo que, enquanto estes forem concebidos como direitos humanos universais em abstrato, serão, em verdade, globalização hegemônica, meros meios de dominação.

Para o filósofo português, a solução para superar essa visão hegemônica seria a redefinição dos direitos humanos como direitos interculturais (multiculturais), aperfeiçoando-se a cidadania, agora calcada no reconhecimento da diferença e na redução das desigualdades, inserida em um processo dialógico e diatópico. Esta cidadania, para Boaventura de Souza Santos, está inserida em um multiculturalismo "policêntrico" que, segundo ele, fundamenta-se:

> *(...) na relativização mútua e recíproca, no reconhecimento de que todas as culturas devem perceber as limitações de suas próprias perspectivas, na igualdade fundamental de todos os povos, em termos de status, inteligência e direitos, na des-*

> *colonização das representações e das relações de poder desiguais entre povos e entre culturas (SANTOS, 2003, p. 25).*

Nesta perspectiva, em que pese a reconhecida diversidade cultural, o fato é que a manutenção da dignidade da pessoa humana como ponto intangível é tarefa que urgentemente se impõe hodiernamente. Na preciosa lição de Luís Roberto Barroso:

> *O multiculturalismo implica em respeito e apreço pela diversidade étnica, religiosa e cultural. Desde o final do século XX, tem se tornado amplamente aceito que o multiculturalismo é baseado em valores não apenas coerentes com as democracias liberais, mas também exigidos por elas. As minorias têm direito às suas identidades e diferenças, bem como o direito de serem reconhecidas. Não há dúvida de que a dignidade humana corrobora tal entendimento. Contudo, a dignidade humana, no seu significado essencial, tem também uma pretensão universalista, simbolizando o tecido que mantém a família humana unida. Nesse domínio, algum grau de idealismo iluminista se faz necessário, para que se possam confrontar práticas e costumes arraigados de violência, opressão sexual e tirania. É claro que essa é uma batalha de ideias, a ser vencida com paciência e perseverança. Tropas não conseguirão fazê-lo (BARROSO, 2014, p. 74).*

É neste ponto crucial, portanto, que se afigura a aparente solução para a tensão existente, por exemplo, entre a prática da clitoridectomia (mutilação genital feminina) praticada por certas nações africanas e a preservação da dignidade das mulheres afetadas. Considerando que vários tratados e convenções internacionais invocam a proteção de todo tipo de discriminação da mulher, impõe-se o desafio de invocar a preservação da dignidade feminina, demonstrando que a universalidade deste valor supera qualquer justificativa de âmbito cultural ou religioso.

Emerge, assim, a necessidade de compreensão do "mínimo ético irredutível", parcela inatingível por qualquer argumento de cunho cultural a justificar a sua afronta. Para Flávia Piovesan:

> *Acredita-se, de igual modo, que a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do "mínimo ético irredutível", alcançado por um universalismo de confluência. Este universalismo de confluência, fomentado pelo ativo protagonismo da sociedade civil internacional, a partir de suas demandas e reivindicações morais, é que assegurará a legitimidade do processo de construção de parâmetros internacionais mínimos voltados à proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2006, p. 14-15).*

De igual modo, alerta-se para a urgente necessidade de superação da intolerância religiosa que atenta contra os mais basilares princípios humanos. A propósito, em brilhante artigo publicado no jornal "O Estado de São Paulo", em 26 de janeiro de 2015, sob o título "O princípio da igualdade", o eminente jurista Ives Gandra da Silva Martins assim se exprimiu acerca do episódio relativo aos homicídios de jornalistas franceses integrantes do jornal satírico francês "Charlie Hebdo" por muçulmanos que se sentiram ofendidos com uma charge do referido jornal alegadamente ofensiva ao profeta Maomé:

> *Pelo princípio da igualdade e pelo respeito aos direitos humanos, deve-se considerar que qualquer agressão real à dignidade humana não pode ser acobertada pela "liberdade de expressão", tanto que enseja responsabilização. Violentar tais princípios numa democracia, criando distorções que a Constituição não permite (artigo 5.º, caput e parágrafo 1.º da Lei Suprema, que, por três vezes, reafirma a inviolabilidade do princípio da igualdade), além de injurídico, é absolutamente irracional e antidemocrático. Por fim, a respeito do Charlie: enquanto as charges sobre Maomé trouxeram a morte a seus dirigentes, pelas mãos dos radicais islâmicos, as charges sobre o papa provocaram, em grande parte dos católicos apostólicos romanos, orações pela alma deles. O pior dos preconceitos é o de uma elite que se autoproclama intelectual, mas deixa de ponderar o conteúdo do direito à liberdade de expressão em face dos demais direitos inerentes à dignidade humana. Principalmente na França, que, conforme mostrou Samantha Pflug em seu livro O Discurso do Ódio, proibiu que se reexaminassem determinados fatos históricos (holocausto) e limitou a liberdade pública de expressão religiosa a partir de uma confusa concepção de "Estado laico", que, de rigor, não é "Estado ateu", mas apenas um Estado em que as instituições religiosas não interferem na administração pública (MARTINS, 2015).*

O que se pretende instigar, deste modo, é a necessidade de ruptura da visão maniqueísta acerca do debate travado entre o universalismo e o relativismo. Imperioso destacar que, sobre o tema, embora não existam verdades absolutas, deve-se empreender esforços coletivos no sentido de, quando possível, conjugar os interesses comuns de preservação da dignidade da pessoa humana com as particularidades de cada cultura, afastando a tentativa de sobreposição destes valores. Neste sentido, a oportuna lição de Lênio Streck, que bem se amolda ao tema:

> *Numa palavra final: podemos achar que o conhecimento do mundo, a interpretação que fazemos e as conclusões que tiramos, são produtos de nossas subjetividades, de nossos interesses, de nossas intuições e desejos. E que tudo é relativo. E que, afinal, vale a interpretação de quem tem o poder de fazê-la (ou de impô-la, como um arbi-*

> *trário juridicamente prevalecente, para ficar nos limites do direito). Em face disso – e busco socorro em Contardo Calligaris – parece que estamos diante da seguinte encruzilhada: ou desistimos da verdade, considerando que o mundo é um vasto teatro em que as subjetividades se enfrentam e que o que importa é apenas a versão de quem ganha a luta (retórica ou armada); ou, então, talvez seja possível amparar a verdade, preservá-la de nossas próprias motivações (STRECK, 2011, p. 452).*

A pretendida verdade, sob este aspecto, não se limita à superação de um valor em detrimento de outro. Não é tarefa dos direitos humanos abranger todas as condutas sociais, jamais servindo, portanto, como substitutos às convicções religiosas ou culturais. A efetiva verdade, portanto, consiste na salvaguarda da dignidade da pessoa humana, nas diversas concepções em que tal valor é exprimido.

6. Conclusão

A internacionalização dos direitos humanos conduz, inevitavelmente, à busca de uma "ética universal" consubstanciada na proeminência da dignidade da pessoa humana como valor central. Assim, fruto de tal processo, diversos diplomas normativos passaram a materializar este objetivo, devendo ser fielmente observados pelos Estados aderentes.

O reconhecimento da relevância das particularidades culturais de cada Estado é medida inafastável no processo de internacionalização dos direitos humanos, sem, contudo, permitir que tal questão comprometa e justifique a inobservância de valores proeminentes no âmbito dos direitos humanos, dentre os quais se sobreleva a dignidade da pessoa humana.

Reafirma-se, deste modo, o respeito à diversidade cultural, conclamando, no entanto, que tal particularidade não impeça a preservação dos mais caros valores para a humanidade, dentre os quais a dignidade da pessoa humana é proeminente.

A busca é, portanto, por uma justa medida na equalização dos direitos humanos: que não se limite, por um lado, ao universalismo utópico; nem, por outro prisma, a um relativismo intolerante. Neste ponto, importa destacar a oportuna advertência

acerca dos riscos a que a visão relativista pode acarretar, acaso adotada de forma desmedida. É o que alerta André de Carvalho Ramos:

> *Tharoor, em feliz síntese, considera que a aceitação de justificativas "culturais" a condutas violatórias de direitos humanos carrega forte acerto totalitário, na medida em que pode significar a coerção daqueles que, embora membros da comunidade, não mais se identificam com seus valores. (...) O argumento cultural de relativização à universalidade dos direitos humanos só pode ser aceito como cláusula de salvaguarda àqueles que assim desejarem exercer seus direitos de escolha, mas nunca para coagir outros a se submeterem a determinados comportamentos apenas por se tratar de "prática tradicional" (RAMOS, 2012, p. 157-158).*

Defende-se, sempre que possível, uma conjugação de interesses entre a universalidade e a diversidade cultural, repelindo-se qualquer visão oposicionista entre os valores. Tudo consoante o precioso ensinamento de Joaquim Herrera Flores, ao sustentar um universalismo de confluência, ou seja, um universalismo de verdadeiro ponto de chegada e não de mero ponto de partida:

> *Nossa visão complexa dos direitos baseia-se em uma racionalidade de resistência. Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas a direitos. (...) O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes de) um processo conflitivo, discursivo de diálogo (...). Falamos de entrecruzamento e não de uma mera superposição de propostas (FLORES, mimeo, p. 7).*

Também consoante a lição de Habermas, suscita-se a necessidade de uma universalidade dialógica, argumentativa, norteadora de um consenso racional e universal acerca das regras mínimas de convivência social, como afirma Gisele Cittadino (2004, p. 96) ao descrever tal concepção: "o que ele pretende é encontrar um princípio de universalização que possa construir uma ponte entre as várias formas plurais e o interesse comum".

Intenta-se com as lições de Habermas, assim, a formatação de um sistema universal de direitos que garanta condições mais dignas de vida para todos, sem que isso viole as diferenças culturais existentes dentro da sociedade. Tal pretensão seria adotada mediante a adoção da teoria do discurso.

O que se reclama em tal cenário de dicotomia universalista e relativista é,

portanto, a superação de tal modelo, estabelecendo-se um "duplo diálogo", como sugerido por AbdullahiAn-Na'im (1995, p. 37), consubstanciado, inicialmente, em um diálogo interno (cada cultura discute a sua visão interna de dignidade da pessoa humana e de direitos humanos) e, posteriormente, em um diálogo externo (fundamentado na reciprocidade, na convergência de compreensões).

As inquietudes decorrentes do contexto universalista e relativista deságuam para a esperança de que a dignidade da pessoa humana, após tal processo, prevaleça sempre em qualquer conjuntura, porquanto consistir a razão e o fundamento dos direitos humanos, sem, contudo, renegar a importância do multiculturalismo.

E os esforços da humanidade devem mirar para que, ao derradeiro, confirme-se a profecia de Antônio Augusto Cançado Trindade (1997, p. 167-177), ao exortar que "compreendeu-se finalmente que a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, a qual jamais pode ser invocada para justificar a denegação ou violação dos direitos humanos".

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. *Human Rights in cross-cultural Perspectives a quest forconsensus*. Pennsylvania: UniversityofPennsylvania a Press, 1995.

ANTUNES, Eduardo Muylaert. Natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 446, dez/1972.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva:* Elementos da Filosofia Constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2005.

DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO. Etimologia e origem das palavras: cultura. Disponível em: https://www.dicionarioetimologico.com.br/cultura/. Acesso em: 18 jul. 2016.

DONNELLY, Jack, Human rights and human dignity: naanlytic critique of now- western conception of human rights. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional dos Direitos Humanos*. 12. ª Ed. Saraiva, 2011.

FLORES, Joaquim Herrera Flores. *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, mimeo.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da igualdade. *Estadão*. 2015. Disponível em <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,o-principio-da-igualdade-imp-,1624804>. Acesso em 18 de jul 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional*. 4. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____ . *Temas de direitos humanos*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*. 3.ª ed., Coimbra: Alamedina, 1993.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____ . *Processo internacional de direitos humanos*. 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. Para ampliar o cânone do reconhecimento da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). *Reconhecer para libertar*: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun/1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado:* novos paradigmas em face da globalização. Belo Horizonte: Atlas, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Ed. Loyola, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. Brasília: San José, 1996.

As repercussões da gestação de substituição no direito do trabalho: um caso de discriminação?

The repercussions of the surrogacy in the labor law: a case of discrimination?

Diana Coutinho*

RESUMO: O artigo versa sobre as repercussões da gestação de substituição no direito do trabalho, em particular sobre os direitos laborais de parentalidade. Esta temática ganhou relevância no ordenamento jurídico português após a promulgação da Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que veio permitir o recurso à gestação de substituição a título gratuito e excecional. Assim, urge perceber qual o impacto e as consequências jurídicas da gestação de substituição no mundo laboral, tendo por base a regulamentação legal consagrada no nosso ordenamento jurídico, coadjuvados pela experiência legislativa e jurisprudencial da União Europeia nesta matéria.

PALAVRAS-CHAVE: maternidade; discriminação; gestação de substituição; adoção; deficiência.

ABSTRACT: The article deals with the repercussions of the surrogacy in the labor law, in particular on labor rights of parenthood. This theme has gained relevance in the Portuguese legal system after the promulgation of Law no. 25/2016 of August 22, which allowed the recourse to surrogacy, gratuitous and exceptional title. Therefore, it's urgent to understand the impact and legal consequences of the surrogacy in the world of work, based on the legal regulation enshrined in our legal system, supported by the legislative and jurisprudential experience of the European Union in this matter.

KEY-WORDS: maternity; discrimination; surrogacy; adoption; deficiency.

* Assistente Convidada da Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM), Investigadora Colaboradora do DH-CII, Doutoranda em Ciências Jurídicas Privatísticas.

1. Introdução

Este artigo[1] versa sobre as repercussões da gestação de substituição no direito do trabalho. Em termos gerais, o regime português do direito do trabalho garante uma especial proteção à trabalhadora grávida, puérpera e lactante, e permite o exercício das responsabilidades parentais pelos progenitores. Esta visão protecionista decorre do art. 68.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), do Código de Trabalho (CT) (arts. 33.º e seguintes.), de disposições normativas de direito da União Europeia e do direito internacional. A lei procura assegurar a igualdade de direitos das trabalhadoras/mães (antes e depois do nascimento da criança): no acesso, no tratamento, nas oportunidades de trabalho e no exercício de uma atividade profissional. Além disso, a lei procura assegurar, em particular, a proteção da trabalhadora grávida, puérpera e lactante no exercício pleno dos seus direitos.

Consideramos que o nosso tema assume relevância, especialmente no nosso ordenamento jurídico, porquanto em 2016 com a promulgação da Lei n.º 25/2006, de 20/06, passou-se a permitir o recurso à gestação de substituição, a título excecional e gratuito, nos casos de ausência de útero, de lesão ou doença deste órgão ou outra situação clínica que justifique (art. 8.º n.º 2 da lei 32/2006, de 26/07, com as alterações introduzidas pela lei n.º 25/2006). Assim, atendendo às recentes alterações legislativas, torna-se pertinente analisar os reflexos da gestação de substituição nos direitos laborais de parentalidade. De facto, parece-nos que esta matéria carece ainda de regulamentação ou, pelo menos, de uma solução uniforme que garanta a certeza

[1] Nota prévia: cumpre-nos referir que o presente artigo foi redigido antes da promulgação do decreto-regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho. Ou seja, na altura que escrevemos este artigo (após a promulgação da lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, que veio regular o acesso à gestação de substituição) ainda não existia qualquer regulamentação sobre a gestação de substituição, nomeadamente, no que concerne às questões laborais. O decreto regulamentar referido *supra* veio regulamentar o acesso à gestação de substituição, referindo a questão dos direitos laborais no seu art. 6.º. Não consideramos que o presente artigo tenha "perdido" a atualidade, porquanto neste texto apresentamos possíveis soluções a adotar no ordenamento jurídico português. Além disso, o facto de já existir regulamentação sobre a matéria não significa que seja a melhor e/ou que se consiga, a curto prazo, vislumbrar os efeitos e consequências práticas dessa regulamentação.

e segurança jurídica que, sobretudo, proteja os direitos laborais dos intervenientes no processo: a gestante e os beneficiários da gestação.

Assim, começamos por um breve enquadramento e contextualização da matéria da gestação de substituição no nosso ordenamento jurídico. Segue-se uma análise global do regime da parentalidade no CT português, com o intuito de se entender em que medida este regime poderá ser aplicado aos intervenientes da gestação de substituição. Este texto foca, em particular, os direitos da trabalhadora que se torna mãe com recurso à gestação de substituição, mas sem esquecer os direitos da gestante e do trabalhador que se torna pai com recurso à gestação de substituição. Analisamos a viabilidade de aplicar, por comparação, as regras aplicadas à adoção e atribuir a esta trabalhadora (beneficiária da gestação) os direitos conferidos à trabalhadora que adota uma criança. Neste sentido, alicerçamos o nosso estudo na perspetiva do direito da União Europeia, nomeadamente, tendo por referência dois acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) (o acórdão no caso C.D, no processo C-167/12 e o acórdão no caso Z, processo C-363/12.Z) e nas diretivas: 92/85/CEE, 2006/54/CE, 2000/78/CE. Além disso, analisamos fontes doutrinais, selecionado os dados necessários para a redação deste artigo. Procuramos refletir sobre eventuais questões des(igualdade) e (não) discriminação que possam ser sentidas por estes trabalhadores. Será que há uma efetiva igualdade de tratamento desta trabalhadora (beneficiária da gestação) face às restantes trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes? É lícito recusar a esta trabalhadora uma licença remunerada equiparada à licença por adoção ou à licença por maternidade? E se a trabalhadora amamentar o filho? Nesse caso, será abrangida pelos direitos das trabalhadoras lactantes? A recusa de uma licença remunerada constitui uma discriminação em função do sexo? Deverá ser assegurado à trabalhadora direito igual sob pena de uma discriminação em razão da deficiência? Será que podemos falar de deficiência pelo facto de a trabalhadora não conseguir, pelos meios naturais e por causas que lhe são estranhas, procriar, devendo ser assegurando um tratamento igualitário sob risco de discriminação? E o trabalhador (pai) que direitos tem? E a gestante? Os beneficiários vão constar no registo como pais da criança, será que isso lhes concede a possibilidade de gozarem

dos direitos de parentalidade? Estas questões permitem ajudar numa reflexão crítica sobre os direitos laborais de parentalidade no âmbito da gestação de substituição.

2. Considerações gerais sobre o regime jurídico da gestação de substituição no ordenamento português

Inserida no âmbito da reprodução assistida[2], a gestação de substituição é uma figura controversa que suscita discussão do foro ético e jurídico (SILVA; COSTA, 2011, p. 56). No ordenamento jurídico português, a lei n.º 25/2016, de 22 de agosto[3] veio autorizar o recurso a este "método" de reprodução. O que se entende afinal por gestação de substituição? De acordo com o n.º 1 do art. 8.º da Lei da PMA "entende-se por ´gestação de substituição´ qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade". Assim, a gestação de substituição mais não é do que um contrato celebrado entre a gestante de substituição e os beneficiários cujo "objeto" é a gestação de uma criança no útero da gestante de substituição (COSTA; LIMA, 2012, p. 239). Porém, importa chamar a atenção para a amplitude que o conceito de gestação de substituição poderá alcançar dependendo do ordenamento jurídico em que se insere. Isto é, podemos ter situações em que que este contrato de gestação pode ser realizado para fins totalmente altruístas, e não

[2] As técnicas de procriação assistida permitem a procriação, a reprodução e o nascimento sem a necessidade de qualquer ato sexual, concedendo a possibilidade a milhares de casais inférteis de se tornarem pais e a oportunidade de casais homossexuais ou mulheres solteiras realizarem o sonho da maternidade/paternidade (PINHEIRO, 2008, pp. 1-2).

[3] Em Portugal a reprodução assistida só foi regulada em 2006 com a promulgação da lei n.º 32/2006, de 26 de outubro (doravante referida, indiscriminadamente, por lei n.º 32/2006 ou lei da PMA), após várias tentativas frustradas para que fosse regulamentada esta matéria (SILVA; COSTA, 2011, pp. 9-13). O ano de 2016 ficou ainda marcado pela promulgação da lei n.º 17/2016, de 20 de junho, que veio estender o acesso às técnicas de PMA a todas as mulheres, independentemente de problemas de infertilidade (n.º 3 do art. 4.º da Lei da PMA). O decreto regulamentar n.º 6/2016, de 29 de dezembro veio regulamentar a PMA no que concerne à utilização de técnicas de PMA (art. 5.º n.º 2 da Lei da PMA) e a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho (art. 1.º do decreto regulamentar).

apenas em casos excecionais[4], casos em que pode ser utilizado material genético da gestante, casos em que pode ser celebrado a título oneroso[5], entre outros aspetos.

A gestação de substituição não é uma técnica de PMA (CORREIA, 2015, p. 1) nos termos do art. 1.º da lei da PMA[6], todavia por força do n.º 2 do art. 1.º (com alterações introduzidas pela lei n.º 25/2016, de 22/08)[7] é-lhe aplicável a lei da PMA. Como é referido pelo Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (2016, p. 15),

> *a diferença fundamental da gestação de substituição relativamente às demais técnicas reside na utilização do corpo de outra mulher que não a beneficiária, sendo a realização de um projeto parental dissociada da gestação e do parto.*

Todavia, nos casos em que se pode recorrer à gestação de substituição (casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem, conforme o n.º 2 do art. 8.º da lei da PMA), tal implicará, necessariamente, a utilização de uma técnica de PMA. Essa técnica de PMA terá a função de unir o material genético dos beneficiários ou o material de um dos beneficiários e de um dador[8], para posteriormente implantar no corpo da gestante de substituição que "´apenas` se presta à gestação" (CORREIA, 2015, p. 5). Conforme refere o n.º 3 do art. 8.º não é possível a utilização de ovócitos da gestante de substituição no procedimento em que é participante, aliás,

---

[4] Por exemplo, o caso do Reino Unido e da Grécia (CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, 2016, p. 14).

[5] Por exemplo, em alguns estados dos Estados Unidos da América, na India, na Tailândia, na Ucrânia e México (FAMILIAS ARCO-ÍRIS, 2014, p. 1).

[6] **São consideradas técnicas de PMA, para efeitos da Lei da PMA, conforme o n.º 1 do** art. 1.º "a)- Inseminação artificial, b)- Fertilização *in vitro*, c)- a injeção intracitoplasmática de espermatozoides ; d)- transferência de embriões, gâmetas ou zigotos; e) – diagnóstico genético de pré-implantação; f)- outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionária equivalente ou subsidiárias."

[7] É aplicada à gestação de substituição, com as devidas adaptações, a matéria de validade e eficácia do consentimento (art. 14.º), a regulamentação sobre o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e da Ordem dos Médicos, os direitos e deveres previstos no art. 12.º e 13.º todos da Lei da PMA. - cf. n.º 8 e 9 da Lei da PMA.

[8] Por exemplo, quando por motivo de doença o material genético dos beneficiários não é viável para ser utilizado. Nestas situações, além do recurso à gestação de substituição será necessário o recurso à doação de gâmetas (masculina ou feminina), regulado nos termos do art. 10.º da Lei da PMA, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2016, de 20/06.

é obrigatório a utilização de gâmetas de pelo menos um dos beneficiários. A gestação de substituição só é admitida a título gratuito[9] (n.º 2 do art. 8.º da Lei PMA) e "carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida" (n.º 4 do art. 8.º da referida lei). É, ainda, de referir que não é possível o recurso à gestação de substituição quando entre as partes envolvidas (beneficiários e gestante de substituição) exista uma "relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços" conforme resulta do n.º 5 do art. 8.º da referida lei. Por fim, de acordo com o n.º 7 do art. 8.º "a criança que nascer (…) é tida como filha dos respetivos beneficiários."

3. A gestação de substituição e o regime da parentalidade no direito do trabalho

3.1. A regulamentação da parentalidade no Código do Trabalho Português

Com assento na Lei Fundamental, a paternidade e a maternidade surgem como "valores sociais eminentes" (n.º 2 do art. 68.º da CRP) e "os pais e mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos" (n.º 1 do art. 68.º da CRP). Estamos, assim, perante um direito social de reconhecido valor (MIRANDA; MEDEIROS, 2010, pp. 1373-1387).

O CT português enquadra as normas sobre a maternidade e a paternidade na secção IV, Capítulo I, Título I, Livro I (Parte Geral) artigos 33.º a 65.º do CT[10]. No regime de parentalidade são estabelecidos os direitos laborais dos pais: desde as

[9] É ainda "proibido qualquer tipo de pagamento ou doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo em transporte, desde que devidamente tituladas em documento próprio" - cf. n.º 5 do art. 8.º da Lei da PMA.

[10] Após modificações verificadas com a promulgação da Lei n.º 7/2009, cujo principal objetivo foi tornar equilibrado o princípio da igualdade entre os progenitores (marcado até então pela forte distinção – formal e substancial- de direitos de maternidade e paternidade) e da divisão equitativa das responsabilidades parentais (LAMBELHO; GONÇALVES, 2014, p. 285).

licenças, a faltas justificadas, horário de trabalho (flexibilidade, redução, entre outras), trabalho a tempo parcial, dispensas, garantias, entre outras (art. 35.º do CT)[11]. No âmbito do regime da parentalidade importa fazer a distinção entre três conceitos consagrados no CT relativos à trabalhadora: grávida, puérpera e lactante. De acordo com o art. 36.º do CT a trabalhadora grávida é " a trabalhadora em estado de gestação que informe o empregador do seu estado, por escrito, com apresentação de atestado médico" (alínea a) do n.º 1 do art. 36.º do CT); a trabalhadora puérpera é "a trabalhadora parturiente e durante o período de 120 dias subsequentes ao parto que informe o empregador do seu estado, por escrito, com a apresentação de atestado médico ou certidão de nascimento do filho" (alínea b) do n.º 1 do art. 36.º do CT) e a trabalhadora lactante é "a trabalhadora que amamenta o filho e informe o empregador do seu estado, por escrito, com a apresentação de atestado médico" (alínea c) do n.º 1 do art. 36.º do CT) (LAMBELHO; GONÇALVES, 2014, p. 281).

Em termos gerais, a trabalhadora que será mãe (ou já é mãe) – considerada nos termos referidos *supra* –, terá direito, antes e depois do nascimento da criança, às seguintes licenças[12]: licença em situação de risco clínico durante a gravidez (art. 37.º do CT); licença parental[13] e ainda poderá ter direito a licença parental inicial a gozar em caso de impossibilidade do outro progenitor (art. 42.º do CT); licença por adoção (art. 44.º do CT); licença parental complementar (art. 51.º do CT); licença pra assistência a filho (art. 52.º do CT); licença para assistência a filho com deficiência ou doença crónica (art. 53.º do CT). Como se depreende da terminologia enunciada estas licenças não são cumulativas, isto é, não é pelo facto de a trabalhadora ser mãe que poderá gozar todas as licenças previstas no CT, terá que preencher os pressupostos de atribuição de cada licença.

No âmbito dos direitos da trabalhadora grávida, puérpera e lactante destacamos ainda a dispensa para consulta pré-natal (art. 46.º do CT); dispensa para amamentação

[11] Sobre a proteção da parentalidade (maternidade e paternidade) (MARTINEZ, 2015, pp. 388-390).

[12] A CRP consagra no n.º 3 e 4 do art. 68.º o direito à proteção das mulheres durante a gravidez e parto, a especial proteção no domínio laboral, assim como, os direitos dos pais trabalhadores. Relacionado com esta temática destacamos ainda o art. 67.º n.º 2 alínea d) da CRP que estabelece que incumbe ao Estado "regulamentar a procriação assistida" e o art. 59.º n.º 2 alínea c) da CRP que estabelece que "incumbe ao Estado (…) a especial proteção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto".

[13] Pode ser: inicial ou inicial exclusiva da mãe (art. 39.º alíneas a) e b); art. 40.º; 41.º, 42.º).

ou aleitação (art. 47.º do CT), falta para assistência a filho (art. 49.º do CT) ou a dispensa de prestação de trabalho no período noturno (art. 60.º do CT). Chamamos ainda a atenção para algumas garantias concedidas a estas trabalhadoras, nomeadamente, a proteção da segurança e saúde da trabalhadora grávida, puérpera ou lactante (art. 62.º do CT) e ainda a proteção em caso de despedimento (art. 63.º do CT). Chamamos a atenção para o art. 64.º do CT, no qual está consagrada a "extensão de direitos atribuídos a progenitores ao adotante, ao tutor, à pessoa "a quem for deferida a confiança judicial ou administrativa do menor", ao cônjuge ou à pessoa em união de facto com "qualquer daqueles ou com o progenitor" (n.º 1 do art.64.º do CT). Por último, em relação aos direitos parentais do pai destacamos a licença parental exclusiva do pai (art. 43.º CT). Esta licença estabelece o gozo obrigatório de "uma licença parental de 15 dias úteis, seguidos ou interpolados, nos 30 dias seguintes ao nascimento do filho, cinco dos quais gozados de modo consecutivo imediatamente a seguir a este." Nos termos do n.º 2 do art. 43.º do CT "o pai tem ainda direito a 10 dias úteis de licença, seguidos ou interpolados, desde que gozados em simultâneo com o gozo da licença parental inicial por parte da mãe".

4. O âmbito de aplicação do regime da parentalidade no direito do trabalho: o caso da gestação de substituição

4.1. A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE): a exposição dos acórdãos

Centrando-nos nas questões laborais da gestação de substituição trazemos à colação dois acórdãos do TJUE, pontos de referência nos direitos laborais atinentes à gestação de substituição. O acórdão do processo C-363/12 retrata um caso de recurso à gestação de substituição ocorrido na Irlanda: Z, irlandesa, sofria de uma doença rara que a levou a ficar sem útero (apesar de ter ovários saudáveis e ser

fértil), não podendo levar uma gravidez adiante[14]. Como na Irlanda os contratos de gestação de substituição não são válidos[15], Z e o marido deslocaram-se à Califórnia para realizarem o sonho de serem pais. No procedimento foram utilizadas os gâmetas de Z e do marido, não constando da certidão de nascimento americana qualquer referência à gestante de substituição, sendo a criança considerada filha de Z e do marido segundo o direito californiano.[16] No acórdão do processo C-167/12, a C. D residente no Reino Unido decidiu recorrer à gestação de substituição, foram utilizadas gâmetas do companheiro de C.D e gâmetas (óvulos) doados[17]. O poder parental foi atribuído a C.D e ao companheiro após decisão do Tribunal britânico, com acordo da gestante de substituição[18]. Referia-se que no Reino Unido,

> *o Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Lei sobre inseminação humana e embriologia de 2008, a seguir «HFEA») regula quem são as pessoas que são consideradas progenitores nos casos em que a criança nasce de uma mãe de substituição. Em princípio, começa por ser a gestante de substituição, a ser considera legalmente a mãe da criança, independentemente de ser ou não geneticamente a progenitora. No entanto, nos termos da Section 54 da HFEA, face a um pedido apresentado pelos progenitores cuidadores, o tribunal pode proferir uma decisão de regulação do poder parental (parental order), decretando que a criança passe a ser legalmente tratada como filha dos requerentes. Os requisitos para este efeito são, designadamente, que para a criação do embrião tenham sido usadas gâmetas de pelo menos um dos requerentes, que os requerentes sejam casados um com o outro ou vivam em situação análoga à dos cônjuges, que apresentem o requerimento pelo menos seis meses após o nascimento da criança e que a gestante de substituição dê o seu consentimento ao pedido (CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKOTT, 2013 p. 4).*

[14] Acórdão (TJUE), de 18 de março de 2014, processo C-363/12: Z. contra A Government department e The Board of management of a community school.

[15] O direito irlandês ao não reconhecer a gestação de substituição (e também por causa disso) não prevê uma licença remunerada equiparada à licença por adoção ou à licença por maternidade para os pais de crianças nascidas através da gestação de substituição (CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAH, 2013, p. 2).

[16] COMUNICADO DE IMPRENSA N.º 36/14 DO TJUE, 2014, p. 197.

[17] Acórdão (TJUE), de 18 de março de 2014, processo C-167/12, pedido de decisão prejudicial do Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne - Reino Unido, – C. D./S. T.

[18] COMUNICADO DE IMPRENSA N.º 36/14 DO TJUE, 2014, p. 1.

Chamamos à análise estes acórdãos pela questão comum que levantam: o direito a uma "licença remunerada equiparada à licença de maternidade ou à licença por adoção"[19]. Os pedidos efetuados pelas trabalhadoras-mães foram recusados "com fundamento de que C.D. e Z. nunca tinham estado grávidas e as crianças não tinham sido adotadas pelos pais"[20]. C.D[21] e Z interpuseram recurso para o TJUE no qual se analisou "se essa recusa é contrária à diretiva relativa às grávidas ou se constitui uma discriminação em razão do sexo ou em razão de uma deficiência (sendo tais discriminações proibidas, respetivamente, pela Diretiva 2006/54/CE e pela Diretiva 2000/78/CE)"[22]. A decisão do TJUE foi no sentido de recusa dos pedidos de Z e D, porquanto "o direito da União não prevê, em benefício das mães intencionais, o direito a uma licença remunerada equiparada à licença de maternidade ou à licença por adoção"[23]. E se estivesse em causa o ordenamento jurídico português? A decisão seria no mesmo sentido? Podemos desta análise retirar os direitos de parentalidade da trabalhadora que é mãe através da gestação de substituição? Ora, de seguida analisaremos os fundamentos das decisões do TJUE, para entender a sua viabilidade e perceber o que aconteceria se estes casos decorressem no ordenamento jurídico português.

---

[19] *Idem*.

[20] *Idem*. No caso do processo C-363/12, a trabalhadora Z chegou a apresentar um pedido de licença por adoção, no entanto, este pedido foi indeferido, apenas lhe foi concedido uma licença parental não remunerada. Na sequência de tal recusa, a Z apresentou queixa no Equality Tribunal, alegando discriminação em função do sexo, do estatuto familiar e de deficiência. O Equaliy Tribunal com dúvidas sobre o âmbito de aplicação e interpretação do direito da união europeia suspendeu a instância e por reenvio prejudicial submeteu as questões ao TJUE (CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAHL, 2013, p. 3).

[21] De salientar que no caso da C.D. chegou a ser-lhe concedida uma licença remunerada por analogia à adoção. No entanto, a concessão desta licença só ocorreu após a formulação de um 2.º pedido (o primeiro foi indeferido). Foi por causa desse indeferimento inicial que C.D recorreu ao tribunal (alegadamente queria voltar a recorrer à gestação de substituição e saber que direitos tinha) alegando discriminação em razão do sexo e/ou gravidez e direito a uma licença de maternidade. O tribunal do Reino Unido negou-lhe, *inclusive*, o direito à licença por adoção, assim como a uma licença de maternidade, tendo a questão sido reenvida para o TJUE (CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKOTT, 2013, pp. 4-6).

[22] COMUNICADO DE IMPRENSA N.º 36/14 DO TJUE, 2014, p. 1.

[23] *Idem*.

4.2. A proteção da trabalhadora grávida, puérpera e lactante no direito da União Europeia: a Diretiva 92/85/CE e o Código de Trabalho Português

Uma das questões discutidas pelo TJUE prendeu-se com saber se a recusa em atribuir, àquelas trabalhadoras, uma licença remunerada equiparada à licença de maternidade ou por adoção é contrária à Diretiva 92/85/CE. Ou seja, foi analisado se estas trabalhadoras têm direito a beneficiar de uma proteção semelhante à conferida por esta diretiva à trabalhadora que passou pelo processo de gravidez e parto[24]. Ora, no que concerne aos direitos das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, assim como aos demais direitos da trabalhadora-mãe, há mais de vinte anos que a União Europeia (na altura Comunidade Económica Europeia) vem criando uma política de garantia de direitos na esfera jurídica laboral, a par da promoção da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional, etc[25].

Na proteção dos direitos da trabalhadora grávida, puérpera e lactante destacamos a Diretiva 92/85/CE, de 19 de outubro "relativa à implementação de medidas destinadas a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávidas, puérperas ou lactantes no trabalho". Nos considerandos da referida diretiva (1992, p. 3) pode ler-se que estas trabalhadoras pertencem a um "grupo sujeito a riscos específicos (…) devem ser tomadas medidas no que respeita à sua saúde e segurança (…) não deve desfavorecer as mulheres no mercado de trabalho". No nosso CT

[24] CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAH, 2013, p. 4.

[25] A nível do direito internacional destaca-se a Convenção sobre a Proteção da Maternidade que se "aplica-se a todas as mulheres empregadas, incluindo as que o são em formas atípicas de trabalho dependente." (art. 1.º) da Convenção n.º 183 da Organização Internacional do Trabalho de 1952. A Convenção plasma a ideia que é fulcral proteger a maternidade atribuindo à trabalhadora uma licença de maternidade. Esta licença deve ser remunerada, podendo gozar a licença sem que fique prejudicada no seu trabalho. O objetivo principal é, por um lado, proteger o estado de saúde da trabalhadora e do bebé, por outro lado, permitir a criação de laços entre mãe-filho após o parto, os cuidados necessários à criança e a recuperação da gravidez e parto. Uma referência também à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres das Nações Unidas de 1979 que proclama no art. 11.º a igualdade de direito no trabalho e no emprego (COMISSÃO PARA A IGUALDADE E PARA OS DIREITOS DAS MULHERES*,* 2000, p. 25).

vemos reflexos da transposição desta diretiva, por exemplo, no que concerne à definição de trabalhadora grávida, puérpera e lactante (art. 2.º da diretiva), regras sobre dispensa de trabalho para a realização de exames pré-natais (art. 9.º da diretiva), proteção em caso de despedimento (art. 10.º da diretiva), entre outros. Em específico, sobre a licença de maternidade o art. 8.º da diretiva "refere-se expressamente ao parto e tem por finalidade proteger a mãe na situação específica de vulnerabilidade decorrente da sua gravidez"[26]. Determinou, assim, o legislador que

> *os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para que as trabalhadoras referidas no artigo 2.º beneficiem de uma licença de maternidade de, pelo menos, 14 semanas consecutivas, a gozar antes e/ou depois do parto em conformidade com as legislações e/ou práticas nacionais (n.º 1 do art. 8.º da diretiva).*

Acrescentando no n.º 2 que "a licença de maternidade prevista no n.º 1 deve incluir uma licença de maternidade obrigatória de, pelo menos, duas semanas, repartidas antes e/ou depois do parto, em conformidade com as legislações e/ou práticas nacionais." (n.º 2 do art. 8.º da diretiva). Ora, os Estados dentro dos parâmetros estabelecidos na diretiva são livres de estabelecer as suas regras quanto ao regime da parentalidade, proteção das trabalhadoras grávidas, puérperas e lactantes, assim como respetivas licenças, dispensas e outros direitos. No caso do ordenamento jurídico português[27], o legislador estabeleceu o direito de a mãe gozar uma licença inicial de 120 ou 150 dias consecutivos (licença parental inicial prevista no art. 40.º do CT), a possibilidade de a trabalhadora-mãe gozar "até 30 dias de licença parental inicial antes do parto" (n.º 1 do art. 41.º) e a obrigatoriedade de a trabalhadora-mãe gozar "seis semanas de licença a seguir ao parto" (n.º 2 do art. 41.º do CT). Assim, o legislador português foi além das duas semanas mínimas referidas pelo legislador europeu.

Mas será que a diretiva é contrária à não atribuição de uma licença à trabalhadora que foi mãe através da gestação de substituição? Desde logo, a diretiva só se aplica às trabalhadoras que nos termos da lei se configurem como trabalhadoras grávidas,

[26] COMUNICADO DE IMPRENSA N.º 36/14 DO TJUE, 2014, p. 2.

[27] Para um estudo aprofundado sobre questões de parentalidade (maternidade e paternidade) (PEREIRA; PINTO-COELHO, 2015).

puérperas e lactantes, nomeadamente, nos termos da legislação/práticas nacionais. Por exemplo, no CT português, conforme referido *supra*, as regras sobre o regime da parentalidade só se aplicam às trabalhadoras que integram os conceitos previstos no art. 36.º do CT. Assim, a trabalhadora que é mãe recorrendo à gestação de substituição não preenche os requisitos do art. 36.º. Isto é, esta trabalhadora não configura uma trabalhadora grávida, porquanto não é ela que levará a cabo o processo de gestação, mas sim a gestante de substituição. Não configura uma trabalhadora puérpera, porquanto também não é ela que passará pelo momento do parto, mas sim a gestante de substituição. Por fim, dificilmente configurará uma trabalhadora lactante, que amamenta o filho[28], apesar de ser possível uma mulher que não engravidou, nem deu à luz, conseguir amamentar[29]mediante certas técnicas. Em qualquer dos casos, a trabalhadora deverá preencher os restantes requisitos da lei, nomeadamente, as comunicações à entidade empregadora.

Logo, nos termos do CT português parece-nos que uma trabalhadora que seja mãe através da gestação de substituição não poderá gozar os direitos de parentalidade regulados naquele diploma, porquanto nos termos do art. 36.º do CT não passa pelo

---

[28] Em sentido parecido, contrariamente ao que foi decidido pelo TJUE, a Advogada-geral Juliane Kokott considerou que a "mãe cuidadora" (expressão que utiliza para designar a mulher que é mãe através da gestação de substituição) que amamenta a criança nascida da gestação de substituição pode estar abrangida pela Diretiva 92/85, pugnando também pela inclusão destas trabalhadoras na proteção conferida pela diretiva. A Advogada-geral reconhece que "nem todos os potenciais riscos mencionados na Diretiva 92/85 se aplicam às mães cuidadoras", pois, estas mães não passam por uma gravidez que precisa de ser acautelada no trabalho, nem passam pelo parto não existindo necessidade de recuperação. Porém, a Advogada-geral considera que a situação da mãe-legal lactante é idêntica à da "mãe biológica lactante. Em ambos os casos existem riscos para a saúde, por exemplo, em caso de exposição profissional a substâncias químicas ou em determinadas condições de trabalho. Em ambos os casos existe ainda uma especial ocupação do tempo devido ao cuidado da criança", acrescentando que "a Diretiva (…) não tem apenas o objetivo de proteger a trabalhadora", mas "também pretende proteger a relação especial entre mãe e filho durante o período que se segue à gravidez e ao parto", o que por si só seria razão suficiente para aplicar esta diretiva às mães "cuidadoras". Quanto às trabalhadoras mães "cuidadoras" que não amamentam a criança também concede a possibilidade do direito à licença de maternidade (compara inclusive com a situação das mães biológicas que não amamentam: não perdem o direito a uma licença de aleitação), mas que estará dependente do reconhecimento da figura da gestação de substituição por um Estado (CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKOTT, 2013, pp. 4-6).

[29] Inclusive no caso do processo C-167/12, a C.D. amamentou o filho desde o seu nascimento (CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKOTT, 2013, p. 4).

processo de gestação, parto e amamentação. É a gestante de substituição que poderá configurar uma trabalhadora grávida e puérpera, pois, será ela que levará a cabo a gestação e dará à luz a criança, mesmo que para efeitos da lei não seja considerada a mãe da criança (art. 8.º n.º 7 da Lei da PMA). A gestante poderá gozar dos direitos conferidos a estas trabalhadoras, com as devidas adaptações. Parece-nos justo e adequado que a gestante de substituição goze de todos os direitos atribuídos a uma trabalhadora grávida, porquanto a única diferença entre esta trabalhadora e qualquer outra trabalhadora grávida é o facto de a gestante de substituição gerar uma criança que não é geneticamente sua e ter que a entregar após o parto.

No entanto, essa diferença não nos parece significativa para efeitos de atribuição dos direitos de parentalidade: para todos os efeitos a gestante de substituição é uma trabalhadora grávida que passa pelo processo de gestação[30]. Mais reservas apresentamos quanto aos direitos atribuídos à gestante de substituição/trabalhadora puérpera. Pois, é certo que a gestante dará à luz a criança, mas após o entregará a criança à mãe legal, por conseguinte não nos parece que esta trabalhadora tenha a necessidade de gozar, na mesma extensão e dimensão dos direitos atribuídos à trabalhadora puérpera. Ou seja, não estamos a negar direitos de parentalidade à gestante de substituição/trabalhadora puérpera, estamos apenas a afirmar que poderá não ter necessidade de gozá-los nos mesmos termos que uma qualquer trabalhadora puérpera, porquanto após o parto entrega a criança à mãe legal. Assim, parece-nos justo que a gestante de substituição/trabalhadora puérpera goze de um período para recuperar do parto, pois, nesse aspeto ela é semelhante a qualquer trabalhadora que passa por um parto: necessita de um período natural de recuperação física e psicológica. Nessa medida, a licença obrigatória de seis semanas, a gozar a seguir ao parto, deverá ser-lhe aplicada (art. 41.º n.º 2 do CT), para que possa recuperar. É possível que se levantem vozes discordantes, no sentido de afirmarem que, como a gestante de substituição entrega a criança após o parto não necessita de um período tal longo de recuperação.

[30] Segundo a Advogada-geral Juliane Kokott, a gestante deverá gozar os direitos de uma trabalhadora grávida e puérpera. Deverá após o parto existir uma repartição de direitos entre a gestante e a mãe legal (CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKOTT, 2013, p. 5).

Ora, parece-nos que a essência desta norma, ao atribuir um período exclusivo de gozo à trabalhadora puérpera, vai além do estabelecimento do vínculo entre a criança e a mãe, focando-se na essencialidade da recuperação física e psicológica da mulher que dá à luz. Como referimos *supra*, a gestante de substituição/trabalhadora puérpera passará pelo parto e necessitará de um período de recuperação (essencial) que deve ser gozado.

O legislador português determinou que esse período obrigatório é de seis semanas, deverá ser gozado pela gestante de substituição/trabalhadora puérpera, sob pena de cairmos numa discriminação em relação a qualquer outra trabalhadora puérpera. Arriscamo-nos afirmar que o próprio ato de entrega de uma criança após um processo de gestação e de parto (mesmo não tendo os seus genes), é em si suficiente para a gestante de substituição necessitar de um período de recuperação. A gestante de substituição enquanto trabalhadora grávida poderá gozar da licença parental inicial até 30 dias antes do parto (n.º 1 do art. 41.º do CT), mas consideramos que não fará sentido (poderá ser desproporcional) conceder à gestante de substituição/trabalhadora puérpera o gozo efetivo da licença parental inicial nos termos do art. 40.º e art. 8.º n.º 1 da diretiva (pelo menos nos termos definidos). Pois, uma vez que a gestante de substituição entrega a criança após o parto à mãe legal não vislumbramos a necessidade de a gestante/trabalhadora puérpera gozar (no caso do ordenamento jurídico português, dos 120 ou 150 dias de licença parental inicial).

Refira-se ainda que esta norma confere o direito aos pais de acompanhar permanentemente os primeiros meses de vida do recém-nascido, constituindo para a mãe um período de extrema importância na criação de laços afetivos, de acompanhamento, tratamento e cuidado do seu filho. Ora, a gestante de substituição não é a mãe da criança, não ficará com a criança, não precisa de criar laços afetivos, de cuidar, tratar do bebê, razão pela qual consideramos que será necessário adaptar os direitos da gestante de substituição/trabalhadora puérpera. Assim, os direitos seriam limitados apenas ao período mínimo necessário para que a gestante possa recuperar, física e psicologicamente, do parto, do próprio ato de entrega da criança que gerou durante nove meses; os demais direitos devem ser gozados pela trabalhadora/mãe legal.

Nessa medida, será necessário adaptar o regime da parentalidade para a trabalhadora/mãe legal da criança nascida da gestação de substituição. Importa referir que a mãe legal constará do registo de nascimento da criança. Ora, será que tal facto lhe permitirá configurar como uma trabalhadora puérpera? No registo não será feita qualquer referência à gestação de substituição. Como constatamos, nos termos que o CT português está configurado, não são atribuídos direitos a esta trabalhadora (pelo menos, de forma direta e indúvia). A trabalhadora que não ficou grávida, nem deu à luz, nem vai amamentar, mas que é a mãe legal da criança (consta do registo como mãe), receberá a criança após o parto (precisa de tempo integral para criar laços afetivos, para cuidar, alimentar, tratar[31]), não está protegida. Além disso, será (in)justo não atribuir a esta trabalhadora uma licença de parentalidade só porque não é trabalhadora para efeitos do regime de parentalidade previsto na diretiva e no CT Português? Será (in)justo excluir a atribuição de direitos a esta trabalhadora quando o nosso CT prevê no art. 64.º a extensão de direitos atribuídos a progenitores? Ou será que podemos, analogicamente, aplicar o art. 64.º do CT a esta trabalhadora, ainda que sejam "redutores" aqueles direitos quando comparado com qualquer trabalhadora-mãe? Não deveria ser aplicada uma licença por equiparação?[32] Importa

[31] Como refere a Advogada-geral Juliane Kokott, a relação de criação de laços afetivos entre mãe e filho revela-se extremamente importante para esta trabalhadora (lactante) precisamente por não ter passado pela gravidez e parto. Na gestação de substituição a mãe legal (lactante) assumirá após o parto o cuidado da criança. Assim, a partir desse momento devem ser garantidos os direitos que seriam assegurados à mãe gestante, sendo certo que no fundo o que importa é proteger o superior interesse da criança (CONCLUSÕES DA ADVOGADA GERAL JULIANE KOKOTT, 2013, p. 5).

[32] No processo C-363/1 referia-se que para o direito irlandês as trabalhadoras grávidas têm direito a uma licença de maternidade com duração mínima de 26 semanas, mediante o cumprimento de requisitos, como por exemplo, a apresentação de atestado médico (Irish Statute Book, n.º 34, 1994). Sobre a licença por adoção no direito irlandês é concedida à trabalhadora adotante (e também adotante solteiro), com um período de gozo de 24 semanas a partir da entrega da criança e mediante preenchimento de requisitos formais junto da entidade empregadora. (Irish Statute Book, n.º 2, 1995) (CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAHL, 2013, p. 2). No processo C-167/12, no direito britânico a licença de maternidade apenas é atribuída às mulheres que passem pelo processo de gravidez (Maternity and Parental Leave etc. Regulations 1999). Sobre a licença por adoção é admitida em certas condições (Paternity and Adoption Leave Regulations 2002). Para as trabalhadoras como a C.D, que foram mães na sequência da gestação de substituição (e só após lhe ter sido concedida a regulação do poder parental) podem, em certos casos, gozar férias não remuneradas (CONCLUSÕES DA ADVOGADA GERAL JULIANE KOKOTT, 2013, p. 4).

também pensar nos custos, quer para as entidades empregadoras, quer para o sistema de segurança social. Isto é, quem vai suportar os encargos de atribuição das licenças aos beneficiários e à gestante? Será possível, simultaneamente, conceder licenças a todos estes sujeitos?

Ora, os acórdãos do TJUE consideraram que não houve qualquer violação do princípio da igualdade, nem qualquer discriminação. Por conseguinte, consideraram que a recusa em atribuir uma licença por equiparação, àquelas trabalhadoras, não é contrária à diretiva. Para o TJUE a atribuição da licença de maternidade, nos termos do art. 8.º da diretiva, "pressupõe que a trabalhadora em causa tenha estado grávida e tenha dado à luz a criança"[33]. Ou seja, pressupõe o preenchimento do conceito de trabalhadora grávida e puérpera nos termos do art. 2.º da diretiva[34]. Por esse motivo, o TJUE considerou que a trabalhadora que se torna mãe legal de uma criança nascida através da gestação de substituição

> *não entra no âmbito de aplicação da diretiva, mesmo quando pode amamentar a criança após o nascimento ou quando a amamenta efetivamente. Consequentemente, os Estados-Membros não são obrigados a conceder a essa trabalhadora o direito a uma licença de maternidade com base nessa diretiva. (COMUNICADO DE IMPRENSA N.º 36/14 DO TJUE, 2014, p.2) (sublinhado nosso).*

Podemos, assim, depreender que a Diretiva 92/85/CEE apenas visa garantir os direitos das trabalhadoras que se tornam mães passando pelo processo de gravidez e parto, não incluindo os casos de gestação de substituição (mesmo quando a mãe legal amamenta), nem da adoção. No âmbito da diretiva parece-nos que se pode incluir os casos de gravidez com recurso a técnicas de procriação medicamente assistida, pois, apesar do método de reprodução não ser o natural, o processo de gestação e

[33] COMUNICADO DE IMPRENSA N.º 36/14 DO TJUE, 2014, p. 2.

[34] A licença de maternidade, para efeitos da diretiva, além da proteção da vulnerabilidade da trabalhadora, naquela fase de vida, pretende fomentar laços entre a criança e a mãe, visa permitir que as trabalhadoras que foram mães recuperem das limitações da gravidez e do pós-parto e facilitar o seu regresso ao trabalho após o gozo da licença. No entanto, para Nils Wahl (contrariamente a Juliane Kokott) a ideia de atribuição da licença para fomentar laços só faz sentido no pressuposto do nascimento e amamentação da criança pela mãe que a gerou, caso contrário, a diretiva abrangeria também as mães adotantes e as mães de gestação de substituição (CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAHL, 2013, p. 4).

parto decorrerá nos termos "normais", a trabalhadora/gestante/puérpera/lactante é a mesma pessoa[35]. Apesar de algumas reticências quanto à exclusão das trabalhadoras que são mães através da gestação de substituição[36], não podemos deixar de pensar no contexto da criação desta diretiva, conjugado com a evolução da medicina e do progresso científico. Isto é, a diretiva data de 1992[37], tem mais de 20 anos e surgiu numa altura em que o principal objetivo seria assegurar às trabalhadoras grávidas uma proteção, pelo menos mínima, neste período de vida e após o parto.

Como é referido no art. 1.º da diretiva o seu objetivo é "a adoção de medidas tendentes a promover a melhoria da segurança e da saúde das trabalhadoras grávida, puérperas e lactantes no trabalho" O que se pretendeu foi garantir um mínimo de segurança e proteção a estas trabalhadoras, sendo que os Estados-Membros podem ser mais protetores nestas matérias: só não podem ser menos protetores. Já vimos que, por exemplo, o Estado português foi mais protetor do que o legislador europeu ao consagrar o período de licença obrigatória inicial para a mãe de seis semanas após o parto. Além disso, na altura da criação da diretiva a gestação de substituição era uma realidade "ofuscada" ou quase inexistente, um contrato proibido (ainda hoje o é, na maioria dos países da União Europeia). Para todos os efeitos, a gestação de substituição não é um processo de reprodução natural, nem é uma técnica de PMA.

O legislador europeu não vê a mãe legal como uma mãe para efeitos de proteção na saúde e segurança, porque essa mãe não passa pelo processo de gravidez e de parto e também não atribui esses direitos à mãe adotante. O legislador europeu considerou que estas trabalhadores não passam pelos mesmos riscos que a trabalhadora gestante

[35] O que mais uma vez poderá levantar "problemas" de discriminação em relação à trabalhadora mãe legal da criança nascida da gestação de substituição.

[36] Sobretudo pensando nas semelhanças que podem existir com a "comum" trabalhadora lactante (e com o caso da trabalhadora que é mãe e por algum motivo não amamenta o filho); na ideia de ligação com o recém-nascido, cuidado e proteção que deve ser assegurado por qualquer mãe (questões que nos fazem pensar sobre se deveria ser aplicada esta diretiva a qualquer trabalhadora que é mãe independentemente do método, passar pela gravidez, parto e amamentação.

[37] A diretiva assenta num conceito de maternidade "biológico-monístico", não pensou o legislador europeu na dissociação da gravidez/parto e amamentação. No entanto, para Juliane Kokott não é pelo facto de a diretiva não ter pensado nestas mães que se pode excluí-las do âmbito da sua aplicação (CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKOTT, 2013, p. 8).

e puérpera, nomeadamente, os riscos físicos e psicológicos da gravidez no exercício da atividade profissional, as consequências naturais do parto que envolvem a recuperação física e psicológica[38]. De facto, é uma realidade distinta o processo pelo qual uma mulher é mãe através da gestação de substituição: não passa pela gestação, pelo parto (seja na gestação de substituição, seja na adoção). No entanto, na gestação de substituição a mãe legal pode ser também a mãe genética da criança, apenas não a gerou e deu à luz (*inclusive* pode amamentar a criança), ficando privada de gozar, nos mesmos termos que qualquer trabalhadora, uma licença de parentalidade. Ora, reconhecendo estas diferenças no processo de maternidade, compreendendo que a diretiva apenas se aplica às situações aí previstas, somos a considerar que cabe aos Estados suprir estas lacunas. Configurando a gestação de substituição uma realidade muito limitada, condicionada a casos específicos e excecionais, proibida na maior parte dos Estados-Membros, consideramos que caberá os Estados-Membros que permitam o recurso a esta técnica, determinar as regras sobre o regime da parentalidade e terminar com desigualdades que possam existir. Aliás, é esta a posição manifestada pelo TJUE nos processos em que se discutiu esta matéria: não se nega direitos a estas trabalhadoras, apenas se nega que esses direitos sejam atribuídos pela diretiva

A "diretiva tem por objetivo estabelecer as exigências mínimas em matéria de proteção das trabalhadoras grávidas, os Estados-Membros são livres de aplicar regras mais favoráveis em benefício das mães intencionais"[39]. Por isso, parece-nos que esta questão deverá ser resolvida dentro de cada Estado-Membro, na medida que cada Estado tenha necessidade de regulamentar esta matéria, sendo imprescindível para aqueles Estados que autorizam o recurso à gestação de substituição estabelecer direitos de parentalidade. Consideramos, nesses casos, violador do princípio da igualdade e uma prática discriminatória não atribuir aos beneficiários quaisquer direitos laborais de parentalidade. No caso do ordenamento português, a ausência

[38] CONCLUSÕES DA ADVOGADA GERAL JULIANE KOKOTT, 2013, p. 8.

[39] COMUNICADO DE IMPRENSA N.º 36/14 DO TJUE, 2014, p. 2. Neste sentido, Nils Wahl é da opinião que os Estados-membros podem regulamentar esta matéria e atribuir uma licença remunerada a estas trabalhadoras (CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAHL, 2013, p. 5).

de regulamentação desta matéria no CT não se tratou de uma lacuna, pois, a gestação de substituição era proibida por lei. No entanto, com admissibilidade de recurso à gestação de substituição - ainda que a casos excecionais-, torna imperativo que se regule os direitos dos beneficiários e da gestante. Sobre a aplicação, por analogia, do art. 64.º do CT a esta trabalhadora não consideramos ser a melhor solução, porquanto é insuficiente. Isto é, somos da opinião que devem ser atribuídos mais direitos a esta trabalhadora do que aqueles que estão consagrados no art. 64.º do CT. Não significa que este artigo não lhe possa ser aplicado, mas para isso seria necessário ainda uma regulamentação em moldes semelhantes ao art. 44. º do CT (licença por adoção).

4.3. Uma questão de igualdade de oportunidade e de tratamento entre homens e mulheres no emprego e no exercício da atividade profissional?

Nos acórdãos do TJUE foi também apreciada a questão da não atribuição da licença referida *supra* constituir uma violação do princípio da igualdade, configurando uma discriminação em razão do sexo, violando o plasmado na Diretiva 2006/54/CE, de 5 de julho de 2006 "relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional (reformulação) (JO L204, p. 23)". Concretamente, como é referido nas Conclusões do Advogado-geral[40], colocou-se em causa a dita discriminação no "conjunto de elementos e condições de remuneração" (art. 4.º da diretiva). Conforme é referido no considerando 2 da diretiva (2006, p. 1) "a igualdade entre homens e mulheres é um princípio fundamental do direito comunitário consagrado no artigo 2.º e no n.º 2 do artigo 3.º do Tratado, bem como na jurisprudência do Tribunal de Justiça. A". Nos termos do art. 1.º da diretiva é estabelecido que esta tem como objeto garantir a igualdade no "acesso ao emprego, incluindo a promoção, e à formação profissional" (alínea a) "condições de trabalho,

[40] CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAH (2006, p. 1).

incluindo remuneração" e "regimes profissionais de segurança social" (alínea c).[41] Acresce segundo os considerandos n.º 23 e 24 que

> *qualquer tratamento desfavorável de uma mulher relacionada com a gravidez ou a maternidade equivale a uma discriminação sexual direta em razão do sexo e que, por conseguinte, importa incluir este tipo de tratamento na diretiva (…) é legítimo proteger a condição biológica da mulher na gravidez e na maternidade e adotar medidas de proteção da maternidade como meio de atingir uma igualdade concreta. (CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAHL, 2013, pp. 1-2).*

No ordenamento jurídico português a transposição desta diretiva reflete-se nas regras sobre a igualdade e não discriminação (art. 23.º e seguintes do CT), destacando-se os arts. 30.º a 32.º que regulam, em particular, a igualdade e não discriminação em função do sexo, sem esquecer o principio basilar da Lei Fundamental: o art. 13.º da CRP que consagra o princípio da igualdade e também o art. 58.º da CRP que consagra o direito ao trabalho.

Ora, em ambos os processos o TJUE considerou não haver qualquer discriminação em razão do sexo, aliás, as queixas apresentadas não se fundamentaram numa diferenciação em razão do sexo, mas da não atribuição de uma licença remunerada equiparada à licença de uma mulher que dá à luz ou da mãe adotiva[42]. Acresce que o TJUE entendeu não existir qualquer discriminação em razão do sexo, porquanto numa situação comparável com um trabalhador que se torna pai com recurso à gestação de substituição também não lhe é atribuída qualquer licença. O TJUE ao considerar que a Diretiva 92/85/CEE apenas se aplica às trabalhadoras que geraram a criança e deram à luz (excluindo as restantes trabalhadoras), leva a

[41] Para efeitos da diretiva considera-se "discriminação directa: sempre que, em razão do sexo, uma pessoa seja sujeita a tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável;" (n.º 1 do art. 2.º) e "discriminação indirecta: sempre que uma disposição, critério ou prática, aparentemente neutro, seja susceptível de colocar pessoas de um determinado sexo numa situação de desvantagem comparativamente com pessoas do outro sexo, a não ser que essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um objectivo legítimo e que os meios para o alcançar sejam adequados e necessários;" Chamamos a atenção para a alínea c do n.º 2 do art. 2.º que inclui no conceito de discriminação "c) Qualquer tratamento menos favorável de uma mulher, no quadro da gravidez ou da licença de maternidade, na acepção da Directiva 92/85/CEE."

[42] CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAHL, 2013, p. 6.

que o trabalhador que recorre à gestação de substituição para ser pai, fique excluído de quaisquer direitos. Por esse motivo, o TJUE considerou não existir qualquer discriminação, não estando a trabalhadora-mulher-mãe desfavorecida em relação ao trabalhador/pai[43].

Concordamos com a posição do TJUE: a recusa de atribuição de uma licença remunerada a estas trabalhadoras não viola o princípio da igualdade entre homens e mulheres. De facto, não há discriminação direta, porque não está a ser recusado a licença à trabalhadora e conferida ao trabalhador/pai: ambos não têm direito a esta licença. E não configura uma situação de discriminação indireta nos termos referidos *supra*. Não nos parece que o problema seja a discriminação em razão do sexo, mas sim uma lacuna na legislação sobre a gestação de substituição.

A diretiva consagra no seu art. 16.º uma norma sobre a licença de paternidade e por adoção estabelecendo que "a presente directiva não prejudica o direito de os Estados-Membros reconhecerem direitos de licença de paternidade e/ou por adopção distintos." Concordamos com a posição do TJUE ao referir que não se pode atribuir uma licença equiparada adoção, porquanto não cabe no âmbito da Diretiva 2006/54/CE, pois, como afirmou o TJUE o que cabe no âmbito da diretiva é a liberdade concedida aos Estados para regular a licença por paternidade e a licença por adoção, não a obrigatoriedade de atribuir uma licença. E em conjugação com o considerando 26 da diretiva apenas há discriminação "em relação ao exercício de um direito que reconhecidamente constitui matéria de direito nacional"[44].

O legislador português optou por consagrar um regime da parentalidade que incluí direitos atribuídos ao pai e também consagrou uma licença por adoção. Os Estados, a partir do momento que consagram um regime de parentalidade e de adoção, devem criar as condições necessárias para que não haja discriminação. Assim, o direito da União Europeia deixa em aberto a possibilidade dos Estados legislarem sobre esta matéria, não obriga a legislar, e se porventura legislarem devem adotar medidas de igualdade. Concordamos com esta posição do TJUE, pois, resulta do art.

[43] COMUNICADO DE IMPRENSA N.º 36/14 DO TJUE, 2014, p. 2.
[44] CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAHL, 2013, p. 6.

16.º uma liberdade de legislação e só se impõe a luta pela discriminação quando os Estados legislem sobre o tema. Portanto, não será com base na diretiva que se impõe o direito a atribuir uma licença por remuneração equiparada à adoção. A impor-se uma obrigação terá que ser com base no direito interno de cada Estado. Nessa medida, competirá também aos Estados-Membros legislar sobre o direito de parentalidade do trabalhador-pai. Poderá, *inclusive,* fazer sentido aplicar o regime da adoção por equiparação ou aplicar-lhe os direitos gerais de parentalidade previsto no CT.

4.4. Uma questão de igualdade de tratamento em função da deficiência?

Cabe-nos, ainda, analisar o argumento invocado pela C.D e Z sobre a alegada discriminação em função da deficiência, por violação da Diretiva 2000/78/CE[45]. Ora, a preocupação pela garantia da igualdade de tratamento no emprego e na formação profissional não é limitada ao direito interno e ao direito da união europeia. Conforme é referido no considerando quatro da Diretiva 2000/78/CE, a preocupação pela garantia do direito à igualdade perante a lei e à não discriminação é reconhecida em vários diplomas internacionais, como na Declaração Universal dos Direitos do Homem ou na Convenção n.º 111 da OIT, entre outros[46]. A diretiva surgiu com o objetivo de estabelecer regras gerais contra a discriminação em razão da idade, da orientação sexual, de uma

[45] Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000 que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional (JO L 303, p. 16).

[46] Ainda no processo C-363/12 foi solicitado ao TJUE para se pronunciar sobre se a Diretiva 2000/78 é compatível com a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos das Pessoas com Deficiência "que importância deve ser atribuída à Convenção da ONU aquando da interpretação da diretiva 2000/78 e, também se a referida Convenção pode afetar a validade desta diretiva. (…) o Tribunal de Justiça confirmou que a Diretiva 2000/78 deve ser interpretada, tanto quanto possível, em conformidade com a Convenção da ONU (…). Nos termos do artigo 216, n.º 2, TJUE, os acordos internacionais celebrados pela União Europeia vinculam as suas instituições. Consequentemente, devem prevalecer sobre os atos da União (…) a diretiva constitui um dos atos legislativos da União relativos a matérias reguladas por este instrumento (…) a Convenção da ONU constitui um parâmetro imperativo para a interpretação da diretiva. (…) não creio que a Convenção da ONU (..) possam constituir um fundamento para questionar a validade da Diretiva 2000/78" (CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAHL, 2013, p. 7).

deficiência, da religião ou das convicções no domínio do emprego e da atividade profissional (art. 1.º da diretiva).

De acordo com o art. 2.º da diretiva considera-se que o "princípio da igualdade de tratamento" para efeitos da diretiva traduz-se na "ausência de qualquer discriminação, direta ou indireta, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.º", concretizando-se no n.º 2 do art. 2.º o que se entende por discriminação direta e discriminação indireta[47]. No nosso direito interno, a proteção do direito à igualdade no acesso ao emprego e no exercício da atividade profissional está consagrada no art. 24.º do CT; o legislador português elencou exemplificativamente uma variedade de situações em razão das quais um trabalhador não pode ser discriminado, inclusive o caso da discriminação em razão da deficiência[48] (cf. também art. 25.º do CT) (MOREIRA, 2013, pp. 198). No que concerne ao alegado, nos processos alvo de apreciação pelo TJUE, discutiu-se a eventual discriminação devido a uma alegada deficiência, uma vez que o recurso à gestação de substituição ocorreu no caso de Z por não ter útero e consequentemente não poder engravidar. Transpondo para o nosso ordenamento jurídico, o recurso à gestação de substituição nos termos do art. 8.º da Lei da PMA apenas ocorre em caso "ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que

[47] Na transposição da diretiva para o ordenamento jurídico português definiu-se no art. 2203.º do CT os conceitos de discriminação direta e indireta e as regras sobre tratamento igualitário, não discriminação, etc. (art. 24.º e seguintes). Teresa Moreira chama a atenção para o facto de "a proibição da discriminação é mitigada perante o teor do art. 25.º n.º 2 do CT que admite certas disposições, critérios ou práticas distintas baseada na capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, desde que satisfaçam os critérios previstos no mesmo. Assim, não existirá discriminação na diferença de tratamento se decorrer da natureza da atividade profissional em causa ou do contexto que é exercida; que o objeto seja legítimo; e que respeite o principio da proporcionalidade; embora não possamos esquecer as regras relativas à repartição do ónus de prova previstas no art. 25.º n.º 5 do CT" (MOREIRA, 2013a, p.199). Uma referência ainda para a Lei n.º 46/2006, de 28 de agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde num contexto geral, referindo-se ao contexto laboral no art. 5.º: LEI n.º 46/2006, de 28 de agosto [Em linha] Diário da República, I série, 28 de agosto de 2006. Tal como o referido por Teresa Moreira (2013, pp. 199) *supra* (cf. art.5.º n.º 3 da Lei n.º 46/2006). Sobre o ónus de prova em casos de discriminação veja-se também Teresa Moreira (2013b, pp. 79-128).

[48] No art. 84.º do CT o legislador consagrou os princípios gerais quanto ao emprego de trabalhador com capacidade de trabalho reduzida e nos art.85.º a 88.º quanto ao trabalhador com deficiência ou doença crónica (MOREIRA, 2013, p. 198).

impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clinicas que justifiquem" (cf. n.º 2 do art. 8.º da Lei da PMA), ou seja, apenas em situações efetivamente de problemas graves de saúde. Será que podemos considerar que a não atribuição de uma licença remunerada se traduz numa discriminação em razão da deficiência? Será que esta "impossibilidade" de gerar um filho configura uma deficiência? O TJUE entendeu que não constitui qualquer deficiência, porquanto

> *o conceito de "deficiência" na aceção desta diretiva pressupõe que a limitação de que sofre a pessoa, em interação com diferentes barreiras, possa impedir a sua participação plena e efetiva na vida profissional em condições de igualdade com os outros trabalhadores. (COMUNICADO DE IMPRENSA N.º 36/14 DO TJUE, 2014, p. 2).*

Nas conclusões do advogado Nils Wahl (2013, p. 8) no processo C-363/12, menciona a dupla dimensão que o conceito de deficiência pode ter: o conceito médico vs o conceito social. O primeiro conceito assenta "no indivíduo e na incapacidade que dificulta a adaptação ou integração da pessoa afetada no ambiente social que a rodeia.". O segundo conceito assenta "na interação entre a incapacidade e a reação da sociedade ou mesmo na organização dessa sociedade, para integrar pessoas com incapacidades. Na Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência está consagrado o conceito social de deficiência [cf. a alínea e) do considerando da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência], o qual tem sido entendido como um conceito em evolução[49]. Esta ideia ganhou forma com o Acórdão Ring no qual o TJUE definiu o conceito de deficiência como

> *uma limitação, que resulta, designadamente, de incapacidades físicas, mentais ou psíquicas, cuja interação com diferentes barreiras pode impedir a participação plena e efetiva da pessoa em questão na vida profissional em condições de igualdade com outros trabalhadores. (…) Ao passo que a Convenção da ONU refere, em termos gerais, a participação na sociedade, a definição do Tribunal de Justiça abrange apenas a participação na vida profissional (CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAHL, 2013, p. 8).*

Como resulta do art. 5.º da Diretiva 2000/78 (para garantir do principio da igualdade a pessoas com deficiência) é possível fazer-se algumas adaptações, desde

[49] CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAHL, 2013, p. 8.

que tal não implique gastos/encargos desproporcionais para o empregador. Nessa medida, entendeu o TJUE que a trabalhadora que recorre à gestação de substituição, porque não consegue pelos métodos naturais (ou mesmo através das técnicas de PMA) ter um filho, não tem uma deficiência que a torna incapaz, não constituindo uma desigualdade no acesso ao emprego e exercício de uma atividade profissional[50]. Só no caso de constituir uma incapacidade naqueles termos, impedindo a trabalhadora de participar na vida profissional, estaríamos perante um caso de deficiência nos termos da Diretiva 2000/78/CE[51].

Concordamos com a posição do TJUE: a impossibilidade de engravidar por meios naturais e mesmo com recurso às técnicas de PMA não constitui uma discriminação em função da deficiência, para efeitos da diretiva. É certo que esta impossibilidade representa uma incapacidade muito grave para a mulher, ficando impedida de gerar uma criança, com custos elevados no recurso à gestação de substituição, além de todo o impacto psicológico que este processo acarreta[52]. No entanto, essa incapacidade "física" da mulher/trabalhadora não se reflete numa discriminação no acesso ao emprego e igualdade de tratamento no exercício de uma atividade profissional. Como foi referido pelo TJUE, o conceito de deficiência para efeitos da diretiva limita-se à participação na vida profissional, sendo uma conceção mais restrita do que a prevista na Convenção da ONU. Por conseguinte, a Z e qualquer outra mulher nas mesmas circunstâncias não são consideradas "deficientes"[53].

Por fim, não negamos que seja completamente impossível a aplicação da diretiva, mas para tal a entidade empregadora teria que manifestar um comportamento discriminatório, impedindo a trabalhadora de ter acesso e/ou participar na vida profissional, por causa e em função da incapacidade de reprodução física da trabalhadora, o que não aconteceu nos processos discutidos no TJUE. Mais uma

[50] COMUNICADO DE IMPRENSA N.º 36/14 DO TJUE, 2014, p. 2.
[51] Para Nils Wahl, a questão fundamental era aferir se a doença de Z era causa idónea e justificativa de a prejudicar na vida profissional (CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAHL, 2013, p.8).
[52] Neste sentido veja-se o que NILS WAHL referiu: "Não duvido que uma doença como aquela de que Z sofre pode constituir uma limitação duradoura que resulta, nomeadamente, de incapacidades físicas, mentais ou psíquicas" (CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAHL, 2013, p.8).
[53] *Idem*.

vez, parece-nos que o problema passa pela ausência de regulamentação legal sobre os direitos de paternidade no caso da gestação de substituição, competindo às ordens internas legislar sobre esta matéria.

4.5. Licença por equiparação: a adaptabilidade do regime da adoção

Na sequência do ponto anterior, trazendo novamente à colação os pedidos efetuados nos processos C-167/12 C. D. /S.T. e C-363/12 Z., vamos debruçar-nos de seguida sobre a possibilidade de atribuir à trabalhadora/mãe legal uma licença equiparada à licença para adoção. Tal assenta no pressuposto que se está perante situações comparáveis: em ambos os casos estamos perante trabalhadoras que se tornam mães através de um processo que não é "o natural". No caso da gestação de substituição temos como "intermediária" uma outra mulher que gera e dá à luz a criança; no caso da adoção a criança já existe e por diversas razões não ficou aos cuidados dos pais biológicos e é adotada por uma mulher que não é a mãe biológica.[54] Conforme foi referido *supra*, o direito da união europeia não regulamenta uma licença por adoção: não existe qualquer obrigação de um Estado-Membro atribuir uma licença por adoção, muito menos uma licença remunerada. O que existe é uma garantia de proteção contra a discriminação dos trabalhadores que beneficiam de uma licença nos casos dos Estados-Membros que legislaram sobre esta matéria (cf. art.16.º da Diretiva 2006/54)[55]. No que se refere aos direitos da mãe adotante, o legislador português foi mais longe que o legislador europeu na proteção destas trabalhadoras estabelecendo no art. 44.º do CT a licença por adoção. Esta licença concede, por equiparação, direitos atribuídos à trabalhadora puérpera e ainda a atribuição de direitos, por extensão, nos termos do art. 64.º do CT.

[54] Apesar das semelhanças que possam existir entre a gestação de substituição e a adoção importa salientar um ponto que marca a diferença e que acarreta regulamentação, por vezes, distinta: na gestação de substituição a criança ainda não existe, na adoção já temos uma criança; os interesses a tutelar podem divergir.

[55] CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAHL, 2013, p. 6.

Vejamos em primeiro lugar o regime consagrado no art. 44.º do CT. A licença por adoção de menor de 15 anos atribui ao candidato a adotante (mulher ou homem) o direito à "licença referida nos n.ºs 1 ou 2 do artigo 40.º" (cf. n.º 1 do art. 44.º do CT), ou seja, o direito à licença parental inicial que "a mãe e o pai trabalhadores têm direito, por nascimento de filho (…) cujo gozo podem partilhar após o parto" (n.º 1 do art. 40.º do CT). No caso de a adoção ser conjunta (por exemplo, marido e mulher) a licença é gozada nos termos do n.º 1 e n.º 2 do art. 40.º do CT.

Ora, se para a mãe/trabalhadora/adotante é conferido este direito, com um período exatamente igual a uma mãe que dá à luz uma criança, sabendo que um processo de adoção é mais moroso, a criança não é entregue à mãe (pais adotantes) exatamente após o seu nascimento, parece-nos que no caso da gestação de substituição a solução a seguir deverá ser nos mesmos moldes. Somos da opinião que a melhor solução poderá passar pela aplicação de um regime semelhante ao da licença por adoção ou a criação de um regime próprio com adaptações a partir do modelo da adoção. Vejamos, a licença por adoção permitiria à trabalhadora/mãe legal gozar um período após o seu nascimento, tal e qual é permitido à trabalhadora puérpera. Esse período ajudaria na criação de laços afetivos entre a mãe (legal e, porventura genética) e a criança, o cuidado e tratamento.

Como já referimos, esta trabalhadora não precisa do gozo mínimo obrigatório das seis semanas previsto no art. 41.º n.º 2 do CT, pois não dá à luz a criança; precisa só de gozar um período com o seu filho após o seu nascimento. Ora, se tal é permitido na adoção, parece-nos que o legislador português poderá seguir o mesmo regime na gestação de substituição. No regime da licença por adoção é ainda permitido, no caso de adoção múltiplas o alargamento do período de licença parental inicial "acréscimo de 30 dias por cada adoção além da primeira" (n.º 2 do art. 44.º CT) à semelhança do que acontece com gravidezes múltiplas (n.º 3 do art. 40.º do CT). Ideia semelhante poderá ser transposta para a regulamentação da gestação de substituição no caso de nascimento múltiplos. Temos dúvidas quanto à aplicabilidade do nº 4 do art. 44.º ao caso da gestação de substituição "o candidato a adotante não tem direito a licença em caso de adoção de filho do cônjuge ou de pessoa com quem

viva em união de facto". Pois, a gestação de substituição pressupõe o consentimento de ambos os beneficiários, sendo a criança nascida considerada filha de ambos, por isso ambos teriam o direito a gozar a licença por equiparação nos termos do n.º 3 do art. 44.º do CT. O início da licença teria que ser adaptado ao caso de gestação de substituição, porquanto na licença por adoção conta-se a partir da confiança judicial ou administrativa (n.º 6 do art. 44.º do CT).

Ora, pressupondo-se que a gestante de substituição entrega a criança após o parto, a partir desse momento os beneficiários teriam direito a gozar a licença. Chamamos ainda a atenção para o n.º 8 do art. 44.º que permite a suspensão da licença em caso de "internamento hospital do candidato a adotante ou adotando". A esta licença está associada a perda de retribuição nos termos do art. 65.º n.º 1 do CT (LAMBELHO; GONÇALVES, 2014, p. 295). Parece-nos que com as devidas adaptações pode ser aplicado este regime à gestação de substituição ou criado um regime em moldes muito semelhantes. Colocamos a hipótese de ser conferido aos beneficiários da gestação de substituição dispensa para assistir às consultas de pré-natal, pois, quem recorre a este método terá todo o interesse em acompanhar a gravidez da gestante de substituição. Ora, se aos candidatos a adoção é conferido uma dispensa para avaliação para adoção (art. 45.º CT), fará sentido por equiparação aplicar aos beneficiários da gestação de substituição uma dispensa para consulta pré-natal (art. 46.º do CT). Somos, ainda, da opinião que apesar da trabalhadora/mãe legal da gestação de substituição não configurar, por regra, uma trabalhadora lactante nos termos do art. 36.º, no entanto como lhe é entregue o filho logo após o parto, ficando ao seu cuidado/tratamento, esta trabalhadora deverá ter pelo menos o direito a aleitação previsto no art. 47.º do CT. Pensamos que sim, tal e qual acontece por extensão à mãe adotante nos termos do art. 64.º n.º 1 alínea a). Parece-nos que o legislador português deverá escolher um caminho muito semelhante para a gestação da substituição.

5. Conclusão

O cerne do nosso artigo centrou-se na ligação entre a gestação de substituição e o direito do trabalho, nomeadamente, analisamos em que medida os direitos de parentalidade previstos no CT podem ser aplicados à trabalhadora que tem um filho recorrendo à gestação de substituição. Da análise do regime da parentalidade do direito do trabalho português, dos princípios/valores consagrados no direito da União Europeia, bem como da jurisprudência europeia, depreendemos que a atual configuração do regime da parentalidade não se pode aplicar na íntegra àquela trabalhadora, pois não configura uma trabalhadora grávida, puérpera e lactante para efeitos da lei (ressalvando-se a aplicação de direitos gerais da trabalhadora/mãe que não respeitem à fase de gravidez, parto e amamentação). Estes direitos têm gerado controvérsia e discussão na jurisprudência da União Europeia e despertam a necessidade de regulamentação. Da nossa análise, consideramos que a concessão de direitos a esta trabalhadora estará dependente, primeiramente, da aceitação e regulamentação legal da gestação de substituição pelo direito interno dos Estados-Membros. A partir do momento que os Estados regulamentam esta figura devem assegurar os direitos destas trabalhadoras, em moldes equitativas e não discriminatórios. Será também necessário salvaguardar os direitos do trabalhador/pai e da gestante de substituição.

Por último, a não atribuição de uma licença remunerada equiparada à licença por maternidade ou licença por adoção não decorre do direito da União Europeia, porquanto este direito só garante o mínimo de proteção da parentalidade e também não configura um caso de discriminação em razão do sexo ou em razão da deficiência. Trata-se de uma regulamentação que depende da aceitação da gestação de substituição e que competirá ao direito interno regular. Será o caso do ordenamento jurídico português: a gestação de substituição é hoje uma realidade, urge, portanto, com a maior rapidez possível regulamentar a matéria de gestação de substituição. De salientar que, na data de publicação do nosso artigo, já se encontra estabelecido no ordenamento jurídico português o

regime de parentalidade no caso de gestação de substituição. De acordo com o art. 6.º do Decreto regulamentar n.º 6/2017, de 31 de julho, ao casal beneficiário é aplicado a licença parental do regime de proteção de parentalidade (n.º 1), a gestante beneficia de regime equivalente ao previsto para situação de interrupção da gravidez (n.º 2) e o regime das faltas e dispensas relativas à proteção na parentalidade é aplicável à gestante de substituição, e ao casal beneficiário, na qualidade de pais da criança (n.º 3).

Referências bibliográficas:

CORREIA, Eufrásia Georgina Neto. *Mater Semper Certa Est? A Maternidade de Substituição no Ordenamento Jurídico Português*. [Em linha]. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. [s.n.]. 2015. Dissertação de Mestrado. Disponível em: < https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/82448/2/109622.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2016.

COSTA, Marta; LIMA, Catarina Saraiva. A Maternidade de Substituição à Luz dos Direitos Fundamentais de Personalidade. *Lusíada. Direito*. [Em linha]. n.º10, Lisboa. 2012. pp. 237-289. Disponível em: < http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/196/188>. Acesso em: 20 dez. 2016.

LAMBELHO, Ana; GONÇALVES, Luísa Andias. *Manual de Direito do Trabalho – Da Teoria a Prática*. 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, novembro de 2014. pp. 281- 298.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 7.ª edição. Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Lisboa: Almedina, 2015. pp.388 a 390.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2.ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, maio de 2010. pp. 1373 a 1387.

MOREIRA, Teresa Coelho. O ónus da prova em casos de discriminação. In: *Igualdade e Não Discriminação – Estudos de Direto do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2013a. pp. 79 a 128.

MOREIRA, Teres Coelho. A discriminação dos trabalhadores em razão da deficiência. In: *Igualdade e Não Discriminação – Estudos de Direto do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2013b. pp. 197 a 200.

PEREIRA, Cristina; PINTO-COELHO, Zara. *Maternidade e Paternidade: Reconfigurações e Conflitos Ideológicos*. [Em linha]. Universidade do Minho. Direitos Humanos- Centro de Estudo Interdisciplinar da Universidade do Minho, julho de 2015. Disponível em: <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/40165/1/CP_ZPC_2015_representacoes-genero.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2016.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *Procriação Medicamente Assistida*, [Em linha], [S.I], [s.n.], [s.d.]., pp.1-33. Disponível em: <http://docplayer.com.br/11397637-Procriacao-medicamente assistida.html> Acesso em: 20 dez. 2016.

RAPOSO, Vera Lúcia. *De Mãe para Mãe: Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*. 1.ª ed., Centro Biomédico, 10, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, setembro de 2005, pp. 32-43.

SILVA, Paula Martinho da; COSTA, Marta. *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (E Legislação Complementar)*. 1.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

Outros Documentos

CONCLUSÕES DO ADVOGADO GERAL NILS WAH [Em linha] apresentadas em 26 de setembro de 2013, no processo C-363/12 Z contra A Government department and the Board of management of a community school, p.2. .Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d64858c4b3f3d84119890fac00d372703a.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PahaRe0?text=&docid=142181&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=352177>. Acesso em 27 dez. 2016.

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL JULIANE KOKOTT [Em linha], apresentadas em 26 de setembro de 2013, no Processo C-167/12 C. D. contra S. T., p.4. Disponível em: < http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62012CC0167&from=PT>. Acesso em: 28 dez. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE ÉTICA PARA AS CIÊNCIAS DA VIDA, Parecer n.º 63/CNECV/2012: Procriação Medicamente Assistida e Gestação de Substituição". [Em linha] março de 2012, p.8. Disponível em: < http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2016.

FAMÍLIAS ARCO-ÍRIS, Casais estrangeiros dirigem-se aos EUA para gravidez de gestação de substituição. [Em linha], 26 de agosto de 2014. Disponível em: < http://familias.ilga-portugal.pt/casais-estrangeiros-dirigem-se-aos-eua-para-gravidez-de-gestacao-de-substituicao>. Acesso em: 21 dez. 2016.

A (dis)funcionalidade do estado de coisas inconstitucional (ECI): estrutura da decisão e os limites funcionais do direito

Unconstitutional state of affairs (dys)functionality: its decision structure and the functional boundaries of the law

Diego de Paiva Vasconcelos*

RESUMO: Este trabalho trata do conceito construído pelas cortes constitucionais da Colômbia e do Brasil chamado "estado de coisas inconstitucional" utilizado para declaração de inconstitucionalidade de fatos, sendo esta, portanto, uma questão sobre os limites e confins do direito. Apresenta-se a (auto)representação do conceito na estrutura das decisões das cortes constitucionais que o utilizaram; e, através do referencial teórico da Teoria da Sociedade, se propõe indicar o que se faz quando se declara um estado de fato como inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: estado de coisas inconstitucional; constitucionalismo latino-americano; diferenciação social; limites do direito.

ABSTRACT: This paper concerns about a new legal concept that become to be used by the constitutional courts of Colombia and Brazil called "unconstitutional state of affairs". This institute was used at the first time by the Colombian Constitutional Court and then by the Brazilian Supreme Court as a key for the declaration of unconstitutionality of matter of fact. This is properly a question about limits and boundaries of the law. From the frame of the Theory of Society, the proposal it's a description of the operational structures and the function of this legal concept through its observation.

KEYWORDS: unconstitutional state of affairs; Latin American constitutionalism; social differentiation; limits of the law.

* Docente de direito constitucional na Universidade Federal de Rondônia (UNIR), Porto Velho/RO/Brasil. Doutorando pela FND/UFRJ. Bolsista PDSE-CAPES-Sanduíche [UNISALENTO (Itália)].

1. Introdução

O tema que se propõe abordar é a recente criação no âmbito jurídico latino-americano do conceito de estado de coisas inconstitucional (ECI) – construção conceitual que é apresentada como uma nova modalidade de tutela e "garantia" dos direitos fundamentais, ou mesmo como solução para litígios estruturais. A pergunta que inicialmente dá propulsão ao trabalho é: o que faz o estado de coisas inconstitucional?

A jurisdição constitucional brasileira albergou alguns dos mais importantes debates políticos e definiu algumas reformas necessárias, no direito, na política, na economia, na educação e até na ciência, assim como também ocorreu na Colômbia e em boa parte dos países da América do Sul. A justificativa para a tomada de decisões vinculantes no direito era possibilitar uma nova orientação direcionada a um futuro planificado e selecionado pela racionalidade normativa (do direito). Porém, o tardar chegar do futuro planejado, ao invés de tornar evidente o fracasso daquela tendência, na verdade, possibilitou o reforço da ideia do ativismo ou protagonismo judicial como solução de problemas estruturais, ou melhor, possibilitou tornar nítida a pretensão de hierarquização do sistema social a partir do direito. É nesse contexto que surge a figura conceitual do estado de coisas inconstitucional.

Em um plano mais abstrato, o tema aqui apresentado trata da diferenciação social e da própria função dos direitos fundamentais. A diferenciação funcional da sociedade é um dado evolutivo consistente na diferenciação em base aos subsistemas orientados por problemas sociais com os quais se torna possível tratar os níveis de complexidade alcançados na sociedade moderna. Os direitos fundamentais, por sua vez, são estruturas que têm a função de manutenção da diferenciação social nessas bases (LUHMANN, 2002). Quando se apresenta como técnica de tutela dos direitos fundamentais um instrumento da jurisdição constitucional como o ECI, a tarefa é observar se esse instrumento funciona para reforçar a diferenciação social ou não. Este é o problema aqui enfrentado. Obviamente as limitações à extensão de um artigo ou mesmo capítulo não permitiriam uma observação exauriente do problema. O que se propõe então, nesta sede, é indicar o que faz o ECI.

Esse conceito tem tomado relevo no constitucionalismo e na jurisdição constitucional latino-americanos. Seu uso foi reiterado na prática da Corte Constitucional Colombiana e, recentemente, se iniciou o seu debate no plenário do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Os principais argumentos utilizados para cunhar o conceito nas cortes constitucionais da Colômbia e do Brasil foram a necessidade de intervenção do direito em um campo que foi representado como privativo da política que, por seu turno, não teria sido capaz de dar respostas eficientes para tratar problemas de sua competência funcional. Na *Sentencia* T-153, da Corte Constitucional Colombiana, bem como na decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil, em medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n. 347), por exemplo, tratou-se das condições do sistema carcerário violadoras da dignidade humana que, contudo, não poderiam encontrar na política qualquer solução em razão de uma falta de representação da população afetada e mesmo pela contrariedade da opinião pública. Assim, nesses termos – somados aos argumentos de violação massiva de direitos fundamentais, falta de coordenação institucional e falha estrutural de diversos órgãos e agentes – estaria justificada a intervenção judicial sobre o tema sem que, contudo, se configurasse qualquer violação à separação dos poderes. A defesa de direitos e garantias fundamentais de população hipossuficiente exposta à reiterada e massiva violação de direitos legitimaria tal medida e afastaria a possibilidade de se indicar violação à separação dos poderes do Estado.

Os principais críticos apontaram como o grande problema do ECI a invasão pelo judiciário (direito) sobre as competências do legislativo (política), ou melhor, um possível cancelamento da diferenciação entre direito/política. Também foi apontado por outros que seus mecanismos e sua operação distinguir-se-iam do controle de constitucionalidade da tradição do pensamento jurídico, porque não dirigidos à qualificação jurídica de leis ou normas como inconstitucionais, mas aos estados *de fato*.

Raffaele De Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo, logo após o julgamento da medida cautelar em ADPF n. 347, emitiram relevante opinião veiculada no jornal O Estado de São Paulo – Estadão, que circulou em 19 de setembro de 2015,

na qual afirmaram que aquela seria mais uma faceta do fenômeno da judicialização da administração pública, e também que o reconhecimento do ECI como conceito jurídico pelo Supremo Tribunal foi utilizado para "afirmar que é lícito aos juízes intervir quando a atuação ou omissão das autoridades coloca em risco direitos dos jurisdicionados"' (DE GIORGI; FARIA; CAMPILONGO, 2015).

Para aqueles autores o "ECI pode causar mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina". Afirmaram ainda que para alcançar essa conclusão bastaria o exercício lógico de aplicar o conceito do ECI a si próprio: "Se assim estão as 'coisas'– e, por isso, a ordem jurídica é ineficaz e o acesso à Justiça não se concretiza –, por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição e determinar o fechamento dos tribunais?" (DE GIORGI; FARIA; CAMPILONGO, 2015).

Todas as vezes que tocou no assunto em seu Grupo de Estudos no Centro de Estudos do Risco (*Centro di Studi sul Rischio*), na Universidade do Salento (Università del Salento), Raffaele De Giorgi lançou algumas perguntas interessantes: "Sendo o estado de coisas nos presídios brasileiros inconstitucional, não seria também o caso das favelas do Rio de Janeiro, das periferias das grandes cidades, ou mesmo dos hospitais públicos? Quando se declara inconstitucional o estado de coisas nos presídios e não se declara inconstitucional o estado de coisas nas favelas não se estaria, assim, constitucionalizando um tipo de violência (enquanto se qualifica outro como inconstitucional)? Passa a solução desses problemas pela sua declaração de inconstitucionalidade?" (informação verbal)[1].

Se a solução dos problemas estruturais passasse pela sua declaração de inconstitucionalidade, então óbvio que se estaria diante de sua solução. Do contrário, se tomarmos como ponto de partida que a mera declaração de inconstitucionalidade não seja capaz de solucionar graves problemas que se encontram generalizados nas estruturas da sociedade, o que faz o estado de coisas inconstitucional? Ou seja, o que se está fazendo quando se aplica sobre um estado de coisas a qualificação de inconstitucional? Esse é o problema que aqueles que se ocupam do tema devem solucionar.

[1] Informação obtida nos seminários do Centro de Estudos do Risco (Centro di Studi sul Rischio), Università del Salento, proferidos por De Giorgi, em 2 de novembro de 2017.

2. A origem do conceito do estado de coisas inconstitucional e a estrutura argumentativa da decisão na medida cautelar em ADPF n. 347

Em grande parte dos países da América Latina viveu-se, durante a segunda metade do século XX, primeiro a experiência trágica das ditaduras e, posteriormente, entre as décadas de 1980 e 1990, os movimentos constitucionais restauradores de suas respectivas *democracias*. Essa reconstrução se realizou através do constitucionalismo político dirigido à reestruturação das formas características da diferenciação social, abrindo assim amplo espaço para o reconhecimento de direitos e para a construção de grandes expectativas sobre o futuro dessas democracias.

Essas expectativas frustraram-se no curso da década de 1990, com a impossibilidade da política e das novas constituições de conduzirem ao futuro esperado. A resposta foi a colonização dos discursos e práticas judiciais orientados por teorias legitimantes do direito como mecanismo de profundas transformações sociais. Esse constitucionalismo atravessou da política para o direito, colocando-se como instrumento de transformação da sociedade a ser operado através da jurisdição, inclusive, constitucional. O protagonismo judicial ou o ativismo judicial surgiu no constitucionalismo latino-americano como resposta à ineficácia da ação política.

Nesse contexto histórico é que surge o conceito do ECI. Sua origem data do fim do século XX, cunhado pela Corte Constitucional Colombiana através das decisões contidas na *Sentencia de Unificación* SU-559/97 – na qual se discutiu a distribuição especial de educadores, de recursos orçamentários relativos à educação, além de específicos problemas previdenciários –, e *Ação de Tutela* T-068/98 –, na qual se discutiu questão previdenciária. Essas decisões veicularam não declarações de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, mas qualificaram estados de coisas como violadores da constituição (VALLE, 2016, p. 340)[2].

[2] VALLE (2016, p. 338-339) chama atenção para uma possível origem de algo semelhante ao ECI em precedentes do direito norte-americano, notadamente em *Hutto vs. Finney* [U.S. 678 (1978)], no qual também se tratou da inadequação de uma instalação carcerária e se afirmou a inconstitucionalidade das condições e práticas mantidas no estabelecimento prisional.

A Sentença de Unificação 559/97 inaugurou o uso do termo "estado de coisas violador da Constituição", que depois foi aperfeiçoado como "estado de coisas inconstitucional". O caso tratava do interesse de vários professores dos municípios do Departamento de Bolívar que interpuseram ações de tutela contra as autoridades e governos municipais, apontando violação do direito de acesso à saúde e ao direito à seguridade social. Foi constatado que, efetivamente, todos os meses eram realizados descontos em folha de pagamento equivalentes a 5% do salário de cada professor, mas que não foi procedido ao seu registro junto ao fundo específico de seguridade social daquela carreira. Constatou-se também que, em boa parte dos casos, os municípios se utilizavam daquela receita para custear sistemas próprios de saúde para os professores das redes locais. Por fim, a Corte Constitucional Colombiana concluiu que houve "o generalizado descumprimento da obrigação de filiar os educadores municipais ao competente cadastro e fundo previdenciário". Entre os principais motivos indicou aqueles que constituíam "un determinado estado de cosas que contraviene los preceptos constitucionales"[3], no qual a violação dos direitos fundamentais poderia ser explicada por faltas não atribuíveis a um só órgão ou agente estatal, mas por uma deficiência política e institucional generalizada.

Segundo Ariza Higuera (2000, p. 969), na SU-559 a Corte Constitucional Colombiana estabeleceu pela primeira vez a "doutrina do Estado de coisas inconstitucional" para a qual "a violação dos direitos fundamentais seria o resultado de falhas estruturais" e não simplesmente "o produto de arbitrariedade cometidas por

[3] (1) ampliación de las plantas de personal municipal, sin contar con la capacidad presupuestal necesaria para pagar y garantizar la remuneración "completa" (prestaciones) a los docentes; (2) inadecuada forma de cálculo y distribución del situado fiscal que, en lugar de otorgarles peso decisivo a las necesidades reales de educación de la población escolar, toma en consideración la distribución geográfica de los docentes; (3) concentración irracional e inequitativa de los educadores públicos en los grandes centros urbanos, lo que deja sin atender las necesidades de muchas poblaciones que, para llenar el vacío, se ven forzadas a sobrecargar sus finanzas públicas a causa del incremento de sus plantas de educadores y de la demanda insatisfecha por este servicio esencial. Como se puede observar en este caso, la violación de los derechos fundamentales de los docentes, según la lectura que realiza la Corte, puede ser explicada no por la falla atribuible a un único órgano estatal, el inicialmente demandado, sino a una deficiencia de la política general del sistema educativo y que involucra a varias instancias. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm. Acesso em: 15 de julho 2017.

um funcionário do Estado". Naquele julgado a Corte Colombiana se outorgou novo dever, aquele "de colaborar de maneira harmônica com o restante dos órgãos do Estado para realização de seus fins; e também se outorgou o dever de comunicar às autoridades competentes um determinado estado de coisas violador da Constituição Política" (SU-559)[4].

Posteriormente, em 1998, no julgamento que tratou do problema das condições de superpopulação carcerária sob a perspectiva histórica e estrutural na Colômbia, a Corte Constitucional, na *Sentencia* T-153/98, afirmou que já havia feito uso da figura do "estado de coisas inconstitucional com o fim de buscar remédio a situações de vulneração dos direitos fundamentais que tenham caráter geral e causas de natureza estrutural, ou seja, que não se originam exclusivamente na autoridade demandada"[5].

Após pelo menos seis decisões onde se indicou o novo conceito e já na primeira metade da década de 2000, a Corte Colombiana construiu a decisão (Sentencia T-025/04) que fixou definitivamente os requisitos para a declaração de ECI, isto é, circunstâncias que possibilitariam a qualificação jurídica de um estado de coisas como inconstitucional, que seriam: i) multiplicidade de direitos fundamentais afetados, ii) vulnerabilidade dos afetados, iii) urgência da prestação estatal, iv) persistência temporal da violação a direitos fundamentais enfrentada no caso, v) omissão das autoridades competentes, e, por fim, vi) a multiplicidade de agentes e órgãos públicos envolvidos[6].

---

[4] "La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines. Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política". Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm. Acesso em: 15 de julho 2017.

[5] "Esta Corporación ha hecho uso de la figura del estado de cosas inconstitucional con el fin de buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general – en tanto que afectan a multitud de personas –, y cuyas causas sean de naturaleza estructural – es decir, que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades. En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional". Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm. Acesso em: 15 de julho 2017.

[6] "En razón de esta multiplicidad de derechos constitucionales afectados por el desplazamiento, y

Os requisitos fixados para a aplicação daquele conceito chamam extrema atenção. Primeiro, pelo reconhecimento de que não se trata de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, como é próprio do controle de constitucionalidade. Em segundo, pelo reconhecimento de uma resistência temporal do problema tratado; e, finalmente, em terceiro lugar, por reconhecê-lo como estrutural para, assim, também reconhecer a impossibilidade de definição de responsabilidade de agente, ente ou órgão estatal, mas apenas a necessidade de uma pluralidade deles para a solução do problema (coordenação institucional).

No Brasil, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 347 dirigiu ao Supremo Tribunal Federal pedido de qualificação de inconstitucionalidade de um *estado de fato* como meio para determinação de medidas concretas suficientes à solução do litígio estrutural. A ação tratava de problemas do sistema carcerário, principalmente, se dirigia à superlotação, às condições degradantes, à violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Classificava essas condições como resultantes de ações e omissões dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal perpetradas por décadas a fio. Postulou-se, então, uma determinação para adoção de providências, de conteúdos diversos, mas se pediu naquela ação, majoritariamente, por decisões do sistema jurídico sobre o sistema jurídico; e, em menor parte, pugnou por decisões do sistema político.

---

atendiendo a las aludidas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los desplazados, la jurisprudencia constitucional ha resaltado que éstos tienen, en términos generales, un derecho a recibir en forma urgente un trato preferente por parte del Estado. Este derecho al trato preferente constituye, en términos de la Corte, el "punto de apoyo para proteger a quienes se hallan en situación de indefensión por el desplazamiento forzado interno", y debe caracterizarse, ante todo, por la prontitud en la atención a las necesidades de estas personas, ya que "de otra manera se estaría permitiendo que la vulneración de derechos fundamentales se perpetuara, y en muchas situaciones, se agravara".

[...] El patrón de violación de los derechos de la población desplazada ha persistido en el tiempo, sin que las autoridades competentes hayan adoptado los correctivos suficientes para superar esas violaciones, y sin que las soluciones puntuales ordenadas por la Corte frente a las violaciones detectadas en las sentencias dictadas hasta el momento, hayan contribuido a impedir la reincidencia de las autoridades demandadas en tutela. Inclusive, se ha llegado a agravar la situación de afectación de los derechos de la población desplazada ante la exigencia impuesta por algunos funcionarios de la interposición de acciones de tutela como requisito previo para que las autoridades encargadas de su atención cumplan con sus deberes de protección. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm. Acesso em: 15 de julho 2017.

O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a medida cautelar na ADPF n. 347, uma vez constatado que o cenário fático descrito na ação seria incompatível com a Constituição Federal[7]. A situação carcerária foi qualificada como inconstitucional através dessa construção da ofensa estrutural a uma multiplicidade de preceitos fundamentais, consideradas a dignidade da pessoa humana, a vedação de tortura e de tratamento desumano, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Declarou-se que o quadro fático ali reproduzido seria resultante de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial. No entanto, decisão cuidou de determinar a adoção de apenas três medidas, quais sejam, a realização de audiências de custódia (pelo Judiciário), a liberação do fundo penitenciário (pelo poder executivo da União) e a obrigação de prestar informações pelo Estado de São Paulo[8].

Note-se que nessa ação e na sua respectiva decisão não se apontou uma específica violação jurídica, nem um específico ato e nem um específico responsável, mas sempre uma generalizada e massiva violação de direitos fundamentais. Essa formulação se distancia dos padrões que dominam os esquemas do pensamento jurídico desde o século XVIII. Não há ali uma *actio* específica a ser sindicada e

---

[7] Uma ação cujo cabimento tem sido reconhecido em face da violação de preceitos fundamentais decorrentes de atos do poder público e inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesividade.

[8] Eram oito os pedidos na medida cautelar na ADPF n. 347, e apenas aquele identificado na alínea 'h' era dirigido ao poder executivo da União para liberação do fundo penitenciário. Todos os demais pedidos eram dirigidos a obter providências do próprio poder judiciário. Dos três pedidos deferidos por ocasião do julgamento da medida cautelar naquela ADPF, o primeiro foi a determinação de realização de audiências de custódia, o segundo a determinação da liberação de verbas do fundo penitenciário pela União, e o terceiro, concedido *ex officio*, foi a determinação ao Estado de São Paulo para que encaminhasse ao Supremo informações sobre o seu sistema prisional. As cautelares requeridas foram: a) *Aos Juízes e Tribunais* - motivação expressa pela não aplicaram cautelares alternativas à privação de liberdade; b) Que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia; c) Que considerem o quadro dramático do sistema penitenciário no momento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante a execução penal; d) Que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão; e) Que abrandem os requisitos temporais para a fruição de benefícios dos presos, quando as condições de cumprimento da pena forem severas; f) Ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se as condições de cumprimento forem mais severas daquelas inicialmente fixadas; g) Ao CNJ – que coordene mutirão carcerário; e, por fim, h) À União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

nem a imputação de um agir a um sujeito "capaz" de ser responsabilizado. O que se observa na decisão muito claramente é a frustração – no presente com uma certa expectativa de futuro – representada como estado de coisas. E, ainda, se observa a expectativa de possibilidade de transformação da realidade a partir do direito. A decisão se representa como correção de trajetória e se representa como orientada à um futuro planificado e esperado que deverá surgir no horizonte de acontecimentos em decorrência de si mesma. Se representa como meio eficaz para alcançar um fim certo. Essa decisão opera, claramente, com a distinção meio/fim no seu esquema de (auto)justificação.

Naquele julgamento (MC em ADPF n. 347), o Supremo Tribunal Federal do Brasil tornou evidente o paradoxo que deveria manter latente. Reconheceu que produz direito, exclusivamente, a partir de suas decisões. A trajetória que conduziu ao ECI passa necessariamente pela imposição estrutural, representada no pensamento da velha tradição, de sempre decidir e de decidir com justiça todas as causas que são conduzidas ao Judiciário. Ora, assim, o acúmulo de iniquidades sociais apontadas e denunciadas na ADPF 347 não poderia deixar de receber uma prestação eficaz.

A declaração de ECI também torna evidente a dupla exigência que onera o juiz: "decidir sobre cada caso e decidir de maneira justa" (LUHMANN, 2005, p. 366). A exigência de que os tribunais devam decidir sobre qualquer caso que se lhes apresente corresponde a uma norma de proibição da denegação da justiça - parece operar contra a coerência do próprio sistema. E, por fim, a coação decisória que opera sobre o centro do sistema jurídico força sua evanescência[9]. Tanto a Corte Constitucional Colombiana quanto o Supremo Tribunal Federal do Brasil não decidiram previamente se deveriam ou não decidir e se eram ou não competentes para prover uma decisão capaz de enfrentar os problemas[10] oferecidos para julgamento e, só então, oferecer

[9] Os sistemas parciais expressam o ordenamento total na forma de diferenciação interna (LUHMANN, 2005, p. 359). O sistema do direito, internamente, segue um padrão de diferenciação centro/periferia, tendo seu centro ocupado pelos tribunais, que podem, entre si, estabelecer uma diferenciação segmentária.

[10] Quando julgar? Como julgar? Quem deve julgar? Esse é um debate extremamente atual no mundo ocidental e é exatamente aquele que diz respeito ao *quando decidir*. Nos Estados Unidos, o debate sobre as capacidades institucionais, modéstia judicial e deferência que trata sobre quem deve julgar, quando deve

uma efetiva solução. O debate do ECI já se inicia com uma decisão implícita de que as Cortes podem decidir sobre qualquer caso que se apresente e, ainda, que se tomada uma decisão ela será a melhor e mais eficaz porque decidida pela Corte.

3. O futuro na (da) declaração de estado de coisas inconstitucional

Como assenta com precisão Juliana Neuenschwander Magalhães (2013, p. 308), os direitos humanos criam vínculos com o futuro; este, por seu turno, é representado como negação da barbárie. Mas, paradoxalmente, a civilização, sinônimo dos direitos humanos, produz barbárie. Diante da barbárie, indicada como a crise[11] dos direitos fundamentais, se pretende uma solução através do reforço de técnicas de proteção de direitos fundamentais e humanos através de novas tutelas e técnicas de jurisdição que apenas reproduzem a barbárie.

O ECI – que se apresenta como instrumento de proteção dos direitos fundamentais – é o estado da arte do ativismo judicial latino-americano. Seu grande e característicos problema é o consequencialismo com que opera e com o qual se constrói como certeza de poder moldar o futuro, isto é, o ECI se justifica sobre seleção

julgar e em que bases deve julgar, mas sobretudo, surgindo como uma negação do *non liquet* e sustentando que nem sempre é possível uma decisão ou por vezes se possível uma decisão não necessariamente seja essa uma decisão judicial. Ver por exemplos o trabalho de Adrian Vermeule e Cass Sunstein, Interpretation and Institutions (http://ssrn.com/abstract_id=320245). E, ainda, de Adrian Vermeule. Three Strategies of Interpretation, *University of Chicago Law Occasional Paper*, No. 44, 2005, disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1046&context=occasional_papers. De Cass R. Sunstein and Edna Ullmann-Margalit, Second-Order Decisions (November 1999; Ethics, v. 110, no. 1). Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.it/&httpsredir=1&article=1268&context=public_law_and_legal_theory Acesso em: 20 de julho de 2017.

[11] Frequentemente se usa a palavra "crise", como a sua etimologia nos recorda, para indicar uma condição de perigo, uma fase de doença aguda. O uso do termo "crise", todavia, pressupõe, em regra, uma concepção normativa do direito, que com isso indica a concepção de um direito idealizado do qual se toma distância com o acontecer histórico. Em consequência, o uso do termo "crise" tem a função direta de indicar o rompimento entre normatividade e realidade. E, indiretamente, de prescrever as soluções para levar a termo o projeto normativo da democracia constitucional. O problema das (auto) descrições do direito que se indicam como normativas é concepção de um *a priori*, de um padrão do direito externo ao direito. Esta é sempre uma perspectiva moralizante da normatividade.

de futuro. Essa indicação de um futuro, por exclusão (arbitrária) de outros futuros, na verdade, apenas incrementa seus próprios riscos. Opera com uma distinção meio/fim onde a própria decisão é meio no presente para um fim que está no futuro, mas cujo o único fundamento para o uso do meio é o seu próprio fim. A decisão se torna fundamento de si mesma, em uma relação circular e auto fundada. Justificar-se sobre um futuro que ainda está aberto no horizonte de expectativas é apenas uma estratégia argumentativa para indicar um fundamento para a decisão, isto é, para tornar latente que o direito se funda sobre si mesmo.

Esse consequencialismo nada tem a ver com uma capacidade de mensurar consequências futuras, mas funciona como técnica de fundamentação da decisão por meio de uma representação de futuro. Técnica extremamente eficaz, porque o futuro não existe e no presente aquilo que se indica como futuro é apenas uma expectativa, funciona como uma *self fullfilling prophecy*. Desse modo, nada, exceto o próprio futuro, pode negar aquele fundamento que, contingencialmente, pode se materializar na realidade ou não. Também é eficaz para manter latente o paradoxo da decisão judicial, pois diante da impossibilidade de se justificar sobre fontes do direito, textos preestabelecidos – porque são decisões que não se limitam à aplicação do direito positivo – se justificam sobre uma expectativa de futuro[12]. Ou seja, representa como sua fonte não mais o direito positivo – ineficaz para a concretização de suas expectativas de justiça social –, mas sim o próprio futuro que se espera como consequência da própria decisão. Uma relação, sem dúvidas, autorreferente, onde a decisão mira um futuro que é consequência dela própria e que, por isso, dentro dessa estrutura argumentativa, lhe serve de fundamento.

Quanto aos requisitos para a declaração do ECI, na verdade, não indicam características de um fato externo ao direito e existente com aqueles traços que, uma vez identificado, deve ser juridicamente tratado. Na verdade, trata-se de uma técnica de construção daquilo que se utiliza como realidade dentro do direito. Trata-se de uma técnica de construção de realidade. O que significa, efetivamente, uma multiplicidade

[12] Esse futuro nada tem a ver com qualquer capacidade premonitória. Mas é meramente uma construção argumentativa com a função de tornar latente o paradoxo e dar um fundamento aos atos decisórios.

de direitos fundamentais afetados? A vulnerabilidade dos afetados? A urgência da prestação estatal? A persistência temporal da violação a direitos fundamentais enfrentada no caso? A omissão das autoridades competentes ou a multiplicidade de agentes e órgãos públicos envolvidos? Se observarmos a sociedade global, essa mais parece uma descrição do mundo do que de uma realidade particular. Poderia tratar-se da situação das crianças na Síria, dos imigrantes que cruzam o Mediterrâneo, dos *Rohingyas* de Mianmar, dos latinos e negros dos Estados Unidos, enfim, tudo pode ser comportado nesses requisitos.

A redução de expectativas é um modo de enfrentar o futuro, de construir realidade, mas não pode ser confundida como uma característica da própria realidade. É propriedade do sistema, da observação e não do respectivo ambiente. A complexidade operativa não pode ser ignorada a partir de uma complexidade da observação. O excesso de possibilidades não pode ser ignorado a partir do déficit informacional. O futuro não pode ser apropriado em uma representação de sentido. O que pode haver é uma representação de sentido de futuro que com ele não se confunde jamais.

A frustração dessas expectativas se impõe sobre esse futuro anunciado, porque é tão apenas uma entre tantas possibilidades. O futuro, nesse sentido, é apenas um problema da sociedade. O direito tem competência funcional para responder a um problema social delimitado e não a qualquer problema social[13]. A Constituição é a unidade da diferença entre política e direito; através da constituição se realiza o acoplamento estrutural entre direito e política. Tal acoplamento significa que direito e política coevoluem, mas também que o paradoxo da fundação do direito vem movido para o plano da política e que o paradoxo da decisão política vem tratado juridicamente. Se concebermos assim Constituição, a observação sobre aquele conceito deverá ser orientada ao que efetivamente faz, independentemente daquilo

[13] No ambiente, são possíveis mais operações do que no sistema. O ambiente externo se constitui como ameaça a si mesmo, o ambiente interno se constitui como ameaça a si mesmo, de modo que a sociedade ameaça a si própria, porque é ambiente de si mesma. A sociedade não pode ser destruída por uma guerra no sentido de que uma guerra não é produzida no seu exterior, mas uma técnica de comunicação social produzida no interior da sociedade.

que declara fazer em sua autorrepresentação. A declaração de ECI não tem o condão de moldar ou alterar o futuro e nem mesmo de mensurá-lo. Então, o que faz?

4. O que faz estado de coisas inconstitucional?

A principal característica da sociedade funcionalmente diferenciada é a ausência de um centro. Na sociedade moderna, a diferença de outros tipos de sociedade, não há um centro a partir do qual seja possível observar em modo unitário sociedade. É uma sociedade policêntrica, no sentido de que a nenhum sistema parcial compete uma descrição total da sociedade, não há nenhuma descrição/indicação vinculante; aliás, esse é ponto de partida de Luhmann (1997, p. 22). Cada sistema da sociedade moderna se especifica em base de uma função, ou seja, em relação a um específico problema social para o qual se torna competente para tratar. Essa função se realiza apenas dentro de seu específico e competente sistema. Decorre, desse modo de operar, a impossibilidade de uma redescrição total da sociedade a partir de quaisquer de seus sistemas parciais, porque entre eles não há nenhuma hierarquia.

Na sociedade latino-americana, onde as desigualdades convivem com a inação política, o ativismo possibilitou uma expansão dos limites do sistema jurídico para responder a demandas sociais próprias da política, da economia e de outros sistemas parciais da sociedade. As possibilidades (re)descritivas de uma realidade pelo sistema do direito foram compreendidas pelos entusiastas do ativismo como possibilidades de intervenção e transformação racional da sociedade. O novo constitucionalismo parte do centro do sistema jurídico (Judiciário)[14] para representar o mundo a partir do direito e propor uma transformação juridicamente operada. Essa pressuposição da possibilidade de descrição vinculante da sociedade a partir de um único sistema,

[14] "Por conseguiente, la organización de la juridicción sería aquel sistema parcial (subsistema) en el que el sistema del derecho tiene su centro. Sólo aqui se puede utilizar la particularidad de los sistemas de organización: decidir acerca de la inclusión (o exclusión) de los miembros, con el fin de producir compromissos especiales en los jueces. [...] Sólo por medio de la organización se garantiza la universalidad de la competencia deber decidir/poder decidir sobre todas las cuestiones jurídicas. Todos los demás campos de trabajo (no judiciales) del sistema del derecho pertenecen a la periferia" (LUHMANN, 2005, p. 383).

a imposição hierárquica dessa redescrição ao seu entorno e a consequente ideia de possibilidade de operá-la, descrevê-la e indicá-la a partir de um único sistema de função é ponto mais fraco daquela perspectiva teórica[15].

O ativismo se caracteriza por responder aos conflitos sociais através de respostas diretas que se representam como capazes de ultrapassar os confins do direito e operar diretamente, por exemplo, no sistema político ou no sistema econômico. E, assim, em regra, ignora em seus argumentos a função, os confins e os limites operativos do próprio Direito. Se representa como uma resposta à frustração das promessas do projeto do iluminismo tardio latino-americano e de seu programa político. Sua construção teórica ignora que o sistema jurídico opera (re)descrevendo em seu interior os conflitos de seu ambiente, (re)constituindo em seu interior conflitos jurídicos por meio da representação dos conflitos de seu ambiente[16].

A diferenciação social em base funcional é uma aquisição da sociedade que permite tratar o ambiente altamente complexo e mutável da sociedade moderna. Não há ganhos evolutivos em retornar a um estado anterior de indiferença funcional de uma sociedade hierarquizada incapaz de tratar a extrema complexidade. O ativismo, desse ponto de observação pode ser indicado como uma tendência orientada à uma pretensão de cancelamento da diferença entre direito e política e jamais como instrumento para a solução de profundos conflitos sociais. A construção do conceito de ECI se utiliza da linguagem e da argumentação próprias do ativismo, mas se observarmos como efetivamente opera poderemos perceber uma profunda diferença.

A relação jurisprudência/legislação e a aportação conceitual doutrinária sobre as

---

[15] "Lo que sigue notable en la crítica marxista a la economía política de su tiempo es el traslado a un contexto social de un conocimiento que antes se había justificado sobre la naturaleza. El orden económico del capitalismo no sigue, según Marx, la naturaleza de la actividad económica con una tendência incorporada a la racionalidad individual y colectiva. Es más bien una construcción social. [...] Aunque hoy siga habiendo conformidad para justificar la economía capitalista no por medio de la naturaleza sino del éxito, se mantiene lo que el análisis marxista aporta en última instancia y lo distingue de las teorías económicas de corte normal: la idea de que la economía desarrolla su autodescripción desde sí misma, se representa a sí misma en su teoría y regula desde ella las referencias internas y externas" (LUHMANN, 1997, pp. 24-25).

[16] A atividade judicial se determina, exclusivamente, dentro da distinção legislação/*jurisprudência. A jurisprudência trata da aplicação do direito através de decisões a casos particulares* (LUHMANN, 2005, p. 367).

fontes do direito sempre foram utilizadas para encobrir a circularidade implicada na produção do direito pelos tribunais. Todo esse aparato teórico sempre foi utilizado para encobrir o paradoxo da decisão judicial, ou seja, para ocultar que as decisões se fundamentam sobre si mesmas, que os tribunais produzem direito quando decidem. Contudo, a técnica utilizada no ECI é diversa. Não se desnuda, simplesmente, o paradoxo da decisão, mas se justifica a competência para decisão, segundo um direito produzido pelo próprio tribunal, indicando uma insuficiência dos outros sistemas para fazê-lo, apontando uma crise do próprio direito e, ainda, fundamentando-se sobre a construção de um futuro conforme o direito. As convicções morais do juiz, enquanto equivalentes funcionais da vontade divina, são suficientes e bastantes para a transformação do imprevisível em previsível (LUHMANN, 2005, p. 377)[17].

Nenhum tribunal deve dar início a um juízo por si mesmo, ainda que as calamidades se incrementem ao seu redor (LUHMANN, 2005, p. 368). Mas o que acontece no cenário do constitucionalismo latino-americano é que, diante das dificuldades do sistema político na estabilização de um consenso e da produção de decisões vinculantes, o sistema jurídico se apresenta através de seus tribunais como uma resposta a essa frustração, processando demandas impróprias para as quais é estrutural e funcionalmente incompetente. Operando segundo um juízo moral. Ao que isso pode conduzir? Certamente, não tardará o momento no qual outro subsistema, diante da frustração com o político e com o jurídico, tente responder a essas demandas, continuando a disfuncionalidade sistêmica que draga as sociedades latino-americanas como um vórtice.

A principal crítica ao ECI partiu justamente da crítica às características do próprio ativismo, tratou de apontar os riscos implementados por uma decisão jurídica dirigida

[17] "El problema de los 'hard cases' ya existía antes del proceso de diferenciación del sistema del derecho. Entonces, estos casos difíciles se decidían por el juicio de Dios. Actualmente, parece que las convicciones morales del juez (dentro de las convicciones morales del pueblo) son un equivalente funcional del juicio divino: igual de imprevisto, pero, con mejores posibilidades de contribuir a la formación del derecho y, de esta manera, transformar lo imprevisible en algo previsible. Piense lo que piense la teoría del derecho acerca de esta arrogancia moral, cuando se expone a los tribunales al imperativo de decidir, no se les puede pedir una lógica argumentativa que descarte los regresos *ad infinitum* o los círculos viciosos. Por eso se les perdona cuando se atienen a ciertos principios" (LUHMANN, 2005, p. 377).

aos problemas da política. Apontou-se no ECI todos os defeitos que se observava no ativismo. No entanto, a despeito do ECI ser concebido sobre a mesma matriz teórica do ativismo - que é visível nos fundamentos de sua decisão, principalmente no que trata dos temas de separação de poderes e dos fundamentos do próprio direito, ou melhor, dos direitos fundamentais como fundamento do próprio direito e do agir no direito – o que faz a declaração de ECI é muito diverso da tomada de uma decisão vinculante no sistema jurídico.

Façamos um corte que nos permita observar com precisão aquele conceito. Tomemos um caso específico. Observe-se a decisão na medida cautelar em ADPF n. 347. Trata-se do problema da situação carcerária brasileira que seria, nos termos daquela decisão, um problema histórico que vêm tomando proporções ainda maiores e não logrou encontrar solução no curso dos 27 anos da constituição brasileira decorridos entre 1988 e 2015, quando declarado o ECI pelo Supremo. Esse problema foi tratado cuidadosamente naquela decisão como problema (da política) de difícil solução, dada debilidade representativa da população afetada e da contrariedade da opinião pública. Cuidadosamente, naquela decisão, também foi tratado o tema da separação dos poderes para legitimar a suposta intervenção do direito na política como algo excepcional que se autoriza, unicamente, em face da excepcionalidade do caso e diante do preenchimento de requisitos (criados pela própria decisão). Tudo isso de acordo com a tradição do próprio ativismo e muito coerente com sua doutrina. Tanto entusiastas da medida como seus críticos tomaram por dado que o problema carcerário brasileiro fosse um problema da política, ou melhor da falta de prestação da política, e se debateram apenas sobre a legitimidade ou não de intervenção do direito na política, ou se havia, ou não, violação da separação entre os poderes naquele caso.

A população carcerária brasileira em 2015, era estimada em 622.202 mil presos[18], segundo o relatório INFOPEN, com aumento registrado 267,32% entre os anos de 2000

[18] Esse número saltou de 622.202, em dezembro de 2014, para a marca de de 726.712 pessoas encarceradas junho de 2016. Houve um crescimento de mais de 104 mil pessoas. Hoje cerca de 40% são presos provisórios, mantendo a média registrada no censo anterior, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) divulgado em 8 de dezembro de 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça.

e 2014, tornando o Brasil naquele ano o quarto país que mais encarcerava no mundo, conforme dados do Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, 2014). Sendo 40% (250 mil pessoas) do total dessa população carcerária formada, por pessoas presas de forma provisória, sem sentença condenatória passada em julgado. Um dos mais graves pontos relatados é a superlotação carcerária, uma vez que o déficit de vagas atingiu a marca de 250.318 postos, situação que só poderia ser agravada pelo cumprimento dos mandados de prisão ainda em aberto, que acresceria àquele déficit mais 437 mil postos. A situação relatada no julgamento da medida cautelar em ADPF dá conta ainda de tortura, estupros e outras formas de violência perpetradas contra os presos depositados no sistema prisional, além de falta de alimentação adequada e mesmo artigos de higiene.

Aquela decisão também é marcada por uma argumentação baseada sobre análises estatísticas, sociológicas e históricas dirigidas a demonstração das causas estruturais dessas mazelas. A política é indicada como o *locus* da construção do problema, como sua causa exclusiva. A impossibilidade de reflexão dentro da Política estaria bloqueando as possibilidades de solução da crise carcerária e isso atrairia o Supremo Tribunal Federal para o papel de coordenar a interação interinstitucional necessária à correção das falhas estruturais que jamais teriam decorrido de um único agente, órgão ou ente, mas de uma indeterminável multiplicidade de atos externos ao sistema jurídico. Contudo, nas soluções encontradas na decisão para dirimir o "litígio estrutural", a única medida dirigida ao sistema político (política/administração) é o descontingenciamento orçamentário a possibilitar investimentos no setor prisional, através de determinação para que a União liberasse e o saldo acumulado do Fundo Penitenciário para utilização com a finalidade para a qual foi criado[19].

Naquela decisão se discutiu, também o grande número de presos provisórios e que medidas seriam possíveis para atenuar os alarmantes números com os quais

[19] Aliás, em 2 de agosto de 2017, um despacho do relator da ação, Ministro Marco Aurélio, determina à União que se manifeste quanto uma petição do Estado do Ceará que aponta o descumprimento da medida liminar no tocante a esse item. Não se impôs um orçamento por via de decisão judicial e nem se determinou qual o valor deveria ser investido. Essa determinação dirigida à União, apenas diz que deve cumprir aquilo que ela mesma decidiu.

se depararam – em aparente surpresa com um velho problema. Quando se tratou, por exemplo, do pedido de determinação aos juízes para fundamentassem a não adoção de medidas alternativas à prisão provisória, o argumento vencedor foi aquele de que essa já seria dever de todo juiz conforme a lei que regula o procedimento de prisões cautelares, mas era nítida a preocupação em se evitar o aviamento de número excessivo de Reclamações Constitucionais por eventual descumprimento desse dever, caso se formulasse a decisão naqueles termos. Outro ponto de grande relevo naquele debate da Corte foi o pedido para que se determinasse aos juízes e tribunais a observância do dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a fim de que se realizasse audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas.

É claro que estado em que se encontra o sistema carcerário brasileiro não decorreu de um acontecimento específico recente localizável espacial ou temporalmente, como "produto da arbitrariedade cometida por um funcionário do Estado" (ARIZA HIGUERA, 2000, p. 969). Tampouco se trata do resultado de uma decisão ou de um número determinável de decisões, mas da generalização da ilegalidade que constitui um estado de ilegalidade difusa. Contudo, localizar o problema carcerário no interior da política para tratá-lo no direito consiste num deslocamento do problema em relação ao exterior do sistema jurídico. Apenas, a título de exemplo, o poder judiciário brasileiro tem, através de seus juízes (competentes para a execução penal) atribuição conferida através de lei e outros atos normativos para fiscalizar os cárceres através de inspeções ordinárias ou extraordinárias e promover até mesmo a interdição daqueles estabelecimentos que estiverem funcionando em condições inadequadas ou com infringência à Lei de Execuções Penais, nos termos dos seus artigos 63 e 66. Ora. Como então os estabelecimentos carcerários puderam chegar ao estado relatado na ADPF n. 347?

Mais além, a discussão aventada na ADPF sobre o dever de se fundamentar decretos de prisão provisória sobre as razões da não utilização de medidas alternativas à prisão faz possível ver quanto o debate do direito penal brasileiro está preso ao

cárcere. Toda motivação é necessária ao desvio de uma expectativa. De modo que, por exemplo, o decreto de prisão utiliza como fundamentos o porquê daquela situação ali tomada ser uma exceção ao direito à liberdade. Ou seja, distingue aquele caso dos demais. Nenhum dever de motivar uma decisão reduziria o encarceramento em massa, produziria apenas uma nova forma de argumentação. Mas, as razões do Supremo para se desviar daquele pedido veiculado na ADPF 347 foi a seguinte: o dever de motivar está já presente no direito constitucional e dele nenhum juiz poderia se afastar, cabendo unicamente solucionar eventual violação em sede do caso concreto pela via recursal.

Justamente nessa argumentação é que talvez o Supremo denuncie a si mesmo e ao próprio sistema jurídico ao reconhecer, diante dos alarmantes números, que pode estar havendo excessos na aplicação do encarceramento provisório e que tal excesso seria um desvio da excepcionalidade da medida e que tal excepcionalidade poderia ser verificada nos fundamentos do decreto de prisão. Fica, contudo, a pergunta: por que isso não vem sendo efetivamente feito, ou seja, por que a via recursal não tem sido capaz de corrigir *eventuais* excessos na utilização da prisão cautelar (a não ser em polêmicos casos que tomaram as páginas dos principais jornais nos últimos anos)? Ou, por que as audiências de custódia que já tinham previsão no direito internacional veiculado em tratado e pacto do qual o Brasil é signatário não eram regularmente praticadas até então? Por que o Supremo jamais se debruçou sobre esta falta de aplicação do Pacto de São José da Costa Rica?

O grande número de presos provisórios, é verdade, pode ser tomado como possível através das prestações da política ao direito, através da construção de programas decisionais punitivistas de criminalização dos mais variados modos do agir e acontecer social principalmente aqueles característicos das parcelas mais débeis da sociedade. Porém, seja naquela ação ou na sua respectiva decisão esse problema não foi enfrentado. Tivesse o Supremo se voltado ao punitivismo penal da política brasileira talvez se pudesse falar em ativismo ou em violação da separação de poderes ou, melhor, em apropriação da política pelo direito.

Tanto na ADPF n. 347, quanto na Sentencia T-153 da Colômbia, o problema carcerário é explicado através de uma "remissão histórica" ou melhor, que "longe

de ser uma questão conjuntural, é a manifestação de um problema mais profundo" (ARIZA HIGUERA, 2000, p. 974). Tratar o problema como histórico, no entanto, explica muito pouco. Trata-se, na verdade, de uma interessante estratégia argumentativa para promover o deslocamento da competência para o tratamento do problema, assim como indicar uma omissão da política para justificar sua solução pelo direito. A generalização da ilegalidade, ou seja, a ilegalidade que de volta em volta se repete nas operações do sistema do direito, é um problema do direito. O estado de coisas apontado como inconstitucional trata-se, na verdade, de ilegalidade difusa, conforme apontado por Raffaele De Giorgi em manuscrito ainda não publicado. Não há que se falar em problema da política ou no interior da política.

A superpopulação, a tortura e a violência no interior do cárcere não são produtos históricos de uma profunda crise, mas são produzidos no interior de relações jurídicas concretas e observáveis; toda inspeção judicial que não aconteceu ou que não foi capaz de detectá-los, na verdade, os (re)produziu. Todo decreto de prisão que não se atentou às possibilidades alternativas (re)produziu aquele estado de ilegalidade difusa. São dados que podem ser historicamente (re)construídos e representados, mas imputar à política ou mesmo à história a produção dessas mazelas é mera estratégia argumentativa. Então, o que faz a declaração de ECI quando aponta origem históricas e estruturais ao problema? Desloca-o, argumentativamente, para o campo da política e se representa como intervenção do direito na política para, na verdade, promover a auto-isenção do direito em relação ao conflito que é produzido em suas próprias operações.

A isenção é operada pelo deslocamento argumentativo do problema para fora dos domínios do sistema. A auto-isenção consiste em postular no outro um defeito que não se reconhece em si mesmo, de modo a se considerar a parte positiva e o outro a parte negativa em uma distinção. Com a auto isenção o comunicador toma licença de não aplicar a si próprio, reflexivamente, os códigos com os quais opera e, assim, a auto isenção produz poder. (LUHMANN, 1996b, p.27). [20] A auto isenção

[20] Ver também o conceito de auto isenção (self exemption) na tradução inglesa da obra *Das Recht der Gesellschaft* (LUHMANN, 2004, p.463).

não decorre da autonomia, mas do arbítrio. Promove a discricionariedade e cancela a auto especificação histórica (LUHMANN, 2004, p. 463). A declaração de ECI é decisionismo.

5. Conclusão

Este trabalho tem a finalidade exclusiva de tornar evidente alguns equívocos que permeiam as descrições e mesmo a crítica do estado de coisas inconstitucional. A resposta fornecida pela jurisprudência do estado de coisas inconstitucional é capaz apenas de uma solução aporética. Esta aporeticidade esconde a função do ECI, aquilo que realmente faz.

Diante da indicação da "crise dos direitos fundamentais", se pretende uma solução através do reforço da proteção dos direitos operado por novas tutelas e técnicas de jurisdição que não fazem outra coisa que não seja reproduzir a barbárie. Em regra, sob a etiqueta de crise, é indicado aquilo a que não se pode descrever, o termo tem mais a ver com incapacidade descritiva do que propriamente com rompimento ou abalo estrutural. A crise dos direitos nos dias atuais é produzida pela representação disforme desses direitos. É produzida pela incapacidade descritiva das teorias (disponíveis) sobre os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Os direitos fundamentais, de fato, só existem diante da sua violação e, assim, sua função é serem violados. A sua existência é, portanto, crítica. A declaração de ECI se utiliza do argumento de uma crise dos direitos fundamentais produzida por condições estruturais externas para se (auto)justificar, para se (auto)conceber, para se criar. O que ignora é que nenhuma causa externa ao direito age diretamente sobre ele para moldá-lo. Ora, é o direito, enquanto sistema parcial da sociedade, que produz a crise dos direitos; porque só direito (re)produz direito e nenhuma ação ou comunicação externa pode penetrá-lo.

A comunicação da crise dos direitos fundamentais tem sentido no interior do direito. O que, contudo, se tem descrito como crise do direito é a sua própria estrutura e modo de funcionar. O direito não tem a possibilidade de solucionar conflitos

sociais, mas (re)descreve no seu interior, pelas suas próprias operações, os conflitos de seu ambiente interno ou externo. Nenhuma construção jurídica tem, por fim, solucionar conflitos, e essa não é uma possibilidade do direito, pois se encontra fora de seus limites. É essa incapacidade que desencadeia as teorias da crise dos direitos e que justifica seus artefatos decisionais orientados à expansão sobre outros domínios.

O modelo de controle constitucional das experiências constitucionais norte-americana, europeia e latino-americana cingia-se à atribuição da qualificação jurídica da inconstitucionalidade, de se indicar um direito como legal (constitucional) ou ilegal (inconstitucional), ou seja, da aplicação do código do direito ao direito. Desenvolveu-se como técnica de imunização do direito em relação à política. A declaração de ECI, ao invés, utiliza de uma estratégia argumentativa que desloca para seu exterior os conflitos constituídos como seu objeto. Faz isso utilizando-se da indicação das causas históricas e sociológicas do conflito e, assim, afasta a possibilidade de observação da (re)produção operativa generalizada da ilegalidade difusa que torna resistentes ao tempo às indicadas violações massivas de direitos fundamentais.

Em termos concretos, a declaração de ECI não é capaz de alcançar os resultados que se atribui como fim (do qual se afirma meio). O que faz é isentar o direito e suas operações pelo estado de ilegalidade difusa que efetivamente (re)produziram. Faz isso através do deslocamento argumentativo do problema do direito para a política, imputando a essa última, não apenas a causa, mas o dever de correção das mazelas produzidas sob a coordenação do próprio direito. Não é capaz de produzir soluções para o estado de ilegalidade difusa (instalado no interior do direito), mas, de fato, legitima e reforça esse estado.

Observando decisões da Suprema Corte (*Brown versus Board of Education*), da Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso Urso Branco – Resolução de 18 de junho de 2002), ou mesmo da Corte Europeia de Direitos Humanos (*Broniowsky vs. Poland*), vamos notar que decisões de "retenção de jurisdição" voltadas contra "litígios estruturais", isto é, ilegalidades generalizadas e difusas, poderiam ser encontradas antes mesmo da primeira decisão da Corte Constitucional Colombiana que tratou do conceito de declaração de ECI. A originalidade do conceito de estado

de coisas inconstitucional é se distinguir como técnica de tratamento da ilegalidade difusa através do deslocamento para o exterior do sistema do problema que toma por objeto. Enquanto o controle de constitucionalidade de molde tradicional consiste, justamente, em uma técnica de interdição da auto-isenção, permitindo que o sistema aplique sobre si mesmo o código com o qual opera [conforme o direito (*Recht*)/ não conforme o direito (*Unrecht*), constitucional/inconstitucional], a declaração de ECI, ao contrário, bloqueia a possibilidade de aplicação reflexiva dos códigos do sistema jurídico, cancela a interdição e realiza a auto-isenção e, então, obsta possibilidades cognitivas do sistema estabilizando expectativas. Em outras palavras, a técnica de declaração de inconstitucionalidade de fatos ou estado de fatos bloqueia a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade ou não conformidade ao direito de um conjunto de operações realizadas dentro do direito e pelo direito, de modo que essas operações e comunicações são validadas.

A declaração de ECI frustrará as expectativas de seus entusiastas porque não será capaz de realizar o futuro que indica no fundamento de suas decisões e nem mesmo corrigir as profundas mazelas estruturais que toma por objeto. Devemos esperar apenas que não chegue o dia de se declarar o estado de coisas inconstitucional do estado de coisas inconstitucional. Seria paradoxal que para devolver a reflexividade ao direito pela jurisdição constitucional fosse necessário aplicar a auto-isenção sobre a auto-isenção para só assim interditá-la. Mais trágico, ainda, seria que uma vez detectado o estado de ilegalidade difusa no interior do direito se alcançasse a conclusão que o seu cancelamento dependeria do bloqueio estrutural das comunicações jurídicas produzidas no centro do sistema e, assim, se decretasse o fechamento dos tribunais como hipotetizaram De Giorgi, Faria e Campilongo.

Referências

ARIZA HIGUERA, L. J. La realidad contra el texto: una aproximación al estado de cosas inconstitucional. *Revista Tutela*. Volumen (4), pp. 965-978, 2000.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN* - junho de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MC em ADPF n. 347*. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665. Acesso em 14 jun 2017.

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Unificación 559* - 1997. Disponível em http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm. Acesso em 15 de jul 2017).

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela 153* - 1998. Disponível em http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm. Acesso em: 15 de jul 2017).

COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia de Tutela 025* - 2004. Disponível em (http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm. Acesso em: 15 de jul 2017.

DE GIORGI, Raffaele. Por uma Ecologia dos Direitos Humanos. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.324-346, jan./jun. 2017. doi:10.12662/2447-6641oj.v15i20.p324-340.2017

_____. *Temi di Filosofia del Diritto*. 2 ed. Vol. 1. Lecce: PensaMultimedia, 2016.

_____. *Temi di Filosofia del Diritto*. Vol. 2. Lecce: PensaMultimedia, 2015.

DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. *O Estado de São Paulo*, 19 de setembro 2015. Disponível em: http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043. Acesso em: 20 de julho de 2017.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad (Das Recht Der Gesellschaft)*. 2 ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de Mexico: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. *I Diritti Fondamentali come Istituzione*. Trad. Stefano Magnolo. Bari: Edizioni Dedalo, 2002.

_____. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: *Il futuro della costituzione*. A cura di ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg. Torino: Einaudi, 1996a, pp. 83-128.

_____. *Law as a Social System*. Translated by Klaus A. Ziegert. (Oxford Socio-Legal Studies). Oxford - New York: Oxford University Press, 2004.

_____. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contigencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós, 1997.

_____. The Sociology of Moral and Ethics. *International Sociology*, Vol. 11, N. 1, pp. 27-36, march, 1996b. Disponível em: http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/026858096011001003. Acesso em: 8 de fevereiro de 2013.

LUHMANN, Niklas & DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. 11 ed., Milano: Franco Angeli, 2014.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. *A Formação do Conceito de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2013.

VALLE, Vanice Lírio do. Estado de Coisas Inconstitucional e Bloqueios Institucionais: Desafios para a Construção da Resposta Adequada. In: *Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo*. Org. BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; e MAIA, Fabiana. Curitiba: Juruá, 2016.

A possibilidade de intervenção da Autoridade de Segurança Alimentar e Econômica de Portugal (ASAE) como *Amicus Curiae* em demandas coletivas decorrentes da "Operação Carne Fraca" no Brasil

The viability of Portugal's Economic and Food Safety Authority (ASAE) participation as an *Amicus Curiae* in Brazilians class actions deriving from tainted meat scandal

Elaine Harzheim Macedo[*]/Carolina Moraes Migliavacca[**]

RESUMO: O trabalho analisará a conveniência da intervenção do órgão responsável pela segurança e vigilância de produtos alimentícios no Portugal, a Autoridade de Segurança Alimentar e Econômica (ASAE) como amicus curiae em demanda coletiva decorrente da "Operação Carne Fraca" no Brasil. Com análise hipotética-dedutiva, verificar-se-á a compatibilidade do instituto do amicus curiae, artigo 138 do Código de Processo Civil brasileiro, com a intervenção de órgão estrangeiro em demanda cujo objeto transcende dos interesses nacionais. Atentar-se-á para a sintonia da intervenção considerando o viés democrático do poder judiciário na atualidade, especialmente vinculado à Teoria da Democracia Deliberativa.

PALAVRAS-CHAVE: amicus curiae; Operação Carne Fraca; democracia; processo coletivo; direito processual civil.

ABSTRACT: This essay intends to analyze the viability and convenience of the intervention of the body responsible for the security and surveillance of imported food products in Portugal, the Portugal's economic and food safety authority (ASAE) as amicus curiae in a class action suit arising from the "tainted meat scandal" in Brazil. By a hypothetic-deductive analysis, the compatibility of amicus curiae, Article 138 of the Brazilian Civil Procedure Code will be verified with the intervention of a foreign body in demand whose object transcends national interests. The intervention, taking into account the democratic bias praised by the judiciary will be analyzed, especially linked to the Theory of Deliberative Democracy.

KEYWORDS: Amicus Curiae; tainted meat scandal; Democracy; Class Action; Civil Procedural Law.

---

[*] Doutora em Direito (UNISINOS) e Professora na Pontifícia Universidade Católica (PUC-RS). Desembargadora aposentada do TJ/RS e ex-Presidente do TRE/RS. Advogada.

[**] Doutoranda, Mestre e Especialista em Direito (PUC-RS). Professora da Graduação em Direito do Centro Universitário Metodista do Sul. Advogada. Bolsista vinculada à CAPES.

1. Introdução

Democracia e cidadania são as palavras de ordem no processo civil do terceiro milênio, com o efeito de concretizar o que a doutrina tem identificado como *modelo constitucional de processo civil*.

Não é por outra razão que o novo Código de Processo Civil brasileiro tem em seu preâmbulo o capítulo das normas fundamentais do processo, com vistas exatamente de construir um processo civil democrático, marcado pela cidadania, projetando à hierarquia de vetores a busca de solução consensual, a efetividade e tempestividade da prestação jurisdicional, a adoção do comportamento qualificado pela boa-fé e pela cooperação entre todos os sujeitos do processo, a amplitude de defesa, a dignidade da pessoa humana, a vedação da decisão surpresa, a publicidade e decisões fundamentadas, o contraditório substancial, entre outros.

Entre esses fundamentos do processo democrático, cumpre, no espaço deste trabalho, dar destaque para a participação de um terceiro – assim tratado no texto legislativo – que ainda se apresenta, na dogmática e na prática processual vigente, como um grande desconhecido: o *amicus curiae*. Por vezes identificado como auxiliar da justiça, em outras como defensor de uma das partes ou, ainda, como interessado na solução do conflito, ganha o *amicus curiae* espaço próprio de previsão e regulamentação no novo Código em momento histórico em que demandas, essencialmente de natureza coletiva, se multiplicam, sendo o Judiciário chamado para compor conflitos que não se restringem a um determinado grupo de interessados ou mesmo a uma localidade restrita. Tanto sob o aspecto subjetivo como territorial, o direito, os conflitos e, portanto, o processo e a prestação jurisdicional não mais encontram limites. Senão exclusivamente, pelo menos substancialmente, surge a figura do *amicus curiae* em demandas onde a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto posto em julgamento ou a repercussão social da controvérsia clamam por sua intervenção.

É nesse universo que se pretende analisar a legalidade e a legitimidade de eventual órgão estrangeiro como *amicus curiae*, em processo constituído e tramitando

junto ao Poder Judiciário brasileiro, ao efeito de ter voz e poder influenciar a decisão final, quando a complexidade fática da demanda possa produzir resultados em terra alienígena.

Nesse sentido, vale-se a pesquisa do método hipotético-dedutivo, tomando, como ponto de partida, o *amicus curiae* como uma forma de participação democrática, devidamente configurado no direito processual brasileiro, ao efeito de, estudando conjecturas que precisam ser testadas/falseadas no conjunto fático-jurídico-processual ao efeito de concluir afirmativa ou negativamente pela indagação inicial. Pontuando e aplicando o método assim definido, o estudo parte de uma hipótese fática concreta, o evento denominado de "carne fraca", em que foi constatado por órgãos brasileiros de inspeção veterinária o fornecimento de produto prejudicial ao uso humano, inclusive quando objeto de exportação para países europeus, entre os quais, Portugal, agregando-se uma premissa hipotética – uma ação coletiva voltada à defesa de consumidores, investidores e empresas lesadas pelos ilícitos – ao efeito de concluir pela *(i)* (i)legalidade da intervenção da Autoridade de Segurança Alimentar e Econômica (ASAE) de Portugal nos termos do art. 138 do CPC/2015; *(ii)* (i)legitimidade da intervenção da ASAE, presente o conceito mais amplo de processo democrático e de participação democrática ampla e irrestrita, sem barreiras fronteiriças.

O estudo se valerá de bibliografia, textos legislativos, decisões judiciais com pertinência ao tema e que possam contribuir para a expressão do resultado final, assentando, como referencial teórico a teoria de participação democrática de Jürgen Habermas. O método aplicado será o hipotético-dedutivo, tomando-se : a) a figura do *amicus curiae* como participação democrática; b) a configuração do *amicus curiae* no direito brasileiro; e c) a possibilidade de órgão estrangeiro intervir e figurar como *amicus curiae* em ação coletiva que tramita no Brasil, resultando na conclusão final do presente trabalho.

2. Cenário atual da cidadania e democracia na prestação jurisdicional

Não há contenção para certos movimentos da vida em sociedade e este viés não pode ser ignorado pelos estudiosos e operadores do direito. Na medida em que o indivíduo é inserido, mais e mais e por razões sociais e até mesmo biológicas, em um contexto de coletividade, a preocupação com o singular cede espaço para cuidados com o grupo. E não é de hoje este movimento: o poeta português Fernando Pessoa já havia, tempos antes do contexto atual, identificado este aspecto transcendental do indivíduo, ao versar que "não conto gozar a minha vida; nem em gozá-la penso. Só quero torná-la grande, ainda que para isso tenha de ser o meu corpo e a minha alma a lenha desse fogo. Só quero torná-la de toda a humanidade; ainda que para isso tenha de a perder como minha" (PESSOA, 1976, p. 16). Primeiro, o sentimento do *outro,* em sequência, o sentimento do *coletivo*, permeia as relações que atravessam a contemporaneidade, refletindo-se em todos os campos da atividade humana e em todos os segmentos do conhecimento.

A despeito da marcante consciência humana sobre a sua individualidade, à medida que a coletivização toma maior espaço nas sociedades atuais, a preocupação com a gestão dos problemas e questões originadas do grupo avança para diversas áreas da sociedade e, consequentemente, chegando à ciência e apropriando-se das questões políticas. Neste aspecto, bem enquadrou Jerome Hall, ao concluir que:

> *O outro elemento que compõe, em última análise, a natureza humana – a sociabilidade – deriva da concepção grega de que o homem é um 'animal político', e tem sido ressaltado na teoria secular do Direito Natural, iniciada nos tempos modernos com GROTIUS. Sendo a razão, por si só, considerada insuficiente para a descoberta do que é justo ou bom, a 'natureza social do homem' tornou-se complemento essencial. Deve-se distinguir esta espécie de sociabilidade do instinto gregário. Ninguém jamais registrou qualquer comportamento semelhante ao de THOREAU, por exemplo, entre as abelhas ou as formigas. Por outro lado, existem amplos elementos de convicção em abono da tese de que a inteligência do homem fortalece o instinto gregário e de que a cooperação humana reflete portanto uma sociabilidade sem igual. (HALL, 1949, p. 48)*

A coletivização da sociedade é inegável. A forma de tratamento deste movimento de transcendência da unidade para o grupo é motivo de preocupação especialmente entre as ciências sociais, a exemplo do equilíbrio entre as ideias de nacionalismo e patriotismo, como destaca Zygmunt Bauman, mencionando Bernard Crick:

> *O pluralismo da moderna sociedade civilizada não é simplesmente um "fato bruto" que pode não ser desejado ou mesmo detestado mas que nem por isso desaparece, mas uma coisa boa e uma circunstância afortunada, pois oferece benefícios muito maiores que os desconfortos e inconveniências que produz, amplia os horizontes da humanidade e multiplica as oportunidades de uma vida melhor a qualquer das alternativas pode oferecer. Podemos dizer que em rigorosa oposição tanto à fé patriótica quanto à nacionalista, o tipo mais promissor de unidade é a que é alcançada, e realcançada a cada dia, pelo confronto, debate, negociação e compromisso entre valores, preferências e caminhos escolhidos para a vida e a autoidentificação de muitos e diferentes membros da polis, mas sempre autodeterminados (BAUMAN, 2001, p. 222).*

O direito, como ciência social aplicada, não foge à regra da sua adaptação a um conceito de democracia que atenda às necessidades da sociedade contemporânea globalizada e, ao mesmo tempo, mantenha suas regras voltadas à tutela individual devidamente atendidas. A questão vai para além dos conceitos conhecidos sobre participação democrática, tão atinentes à ciência política, e atinge a necessidade de métodos de construção coletiva, também, nas fontes do direito. Assim, além dos modelos tradicionais de expressão democrática, como as eleições, referendos e plebiscitos, os vários setores da sociedade, proporcionalmente ao crescimento demográfico e de consumo, requerem uma ampliação da sua participação em outros espaços de atuação institucional estatal para políticas públicas (AITH, 2013, p. 131).

O fenômeno da ampliação e abertura democrática na formação do direito é comum da modernidade. Tal característica, no Brasil, é evidenciada com instrumentos processuais como a aceitação – e até incentivo – de intervenção de representantes de parcelas da sociedade nas chamadas ações constitucionais, mormente as que possuem como objeto a verificação da constitucionalidade das leis[1].

[1] A exemplo da Ação Direta de Inconstitucionalidade, de Declaração de Constitucionalidade e a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental, leis 9.868/99 e 9.882/99.

Observou-se, porém, que justamente este movimento de coletivização da sociedade fez arraigar a necessidade de um atendimento mais voltado às demandas "de blocos" também nas esferas jurisdicionais de solução de conflitos em debates não limitados ao controle de constitucionalidade. É o que se verifica com a criação de modelos processuais como os recursos repetitivos, as súmulas vinculantes e, mais atualmente, os incidentes trazidos no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) para julgamento de demandas repetitivas ou com potencial à repetição.

Neste aspecto, a criação de instrumentos processuais que atendam às demandas massificadas e inerentes à sociedade cada vez mais numerosa também implica necessidade de abertura nas formas de participação da própria sociedade. O *amicus curiae*[2], insculpido nos países de *common law* (mais especificamente nos Estados Unidos), toma maior espaço para atuação nas demandas judiciais com o propósito de permitir que setores da sociedade, mediante entes ou mesmo pessoas físicas com representatividade adequada, participem como sujeitos ativos da construção jurisdicional. É dizer: se o novo modelo plúrime da sociedade moderna impõe a necessidade de repostas coletivas pelo poder judiciário em instrumentos processuais que afetarão não somente sujeitos individualizados, mas grupos de indivíduos, nada mais equilibrado do que permitir que estes indivíduos também participem da resolução do conflito.

Evidentemente, para que estes modelos de participação democrática na construção jurisdicional se mostrem eficazes, é necessária a criação e formatação de regras claras à sua implementação. Até mesmo porque a democracia e seus efeitos, apesar de fenômeno salutar da coletividade, também apresenta pontos negativos e que devem ser administrados:

> *É necessário identificar os malefícios da democracia. Não se pode negar, como o próprio Péricles afirmou, que vez ou outra o povo caia na irresponsabilidade. O povo busca o prazer, e logo, inconscientemente, pode se deixar manipular para obter esse prazer. É a tradicional política do "pão e do circo": enquanto se consegue agra-*

[2] O conceito de *amicus curiae* será explorado a seguir, mas por ora convém o aporte da seguinte "tradução" da expressão: "amigo do tribunal. Pessoa que, sem ter o interesse em um caso, possui um conhecimento especial dos princípios relacionados com o caso e se lhe permite apresentar informação em um escrito breve para ajudar ao tribunal" (ALONSO, 1998, p. 67).

> *dar a massa, é fácil manipulá-la. Leo Strauss já identificava nos antigos sofistas a capacidade de se corromper a normatividade através da mentira, da adulação, da demagogia. Por isso, Platão afirmava que não era possível encontrar "grandes homens de Estado" na democracia (Górgias, 515c 2). Dessa forma, nem a lei tem alguma utilidade na democracia. A própria liberdade perde seu sentido quando se afirma que tudo pode ser feito na democracia. Confunde-se a liberdade democrática com a liberdade de cada um, e, quando isso ocorre, a ordem social é posta em xeque e a vida em comunidade é remetida ao caos. (...) Deve-se, portanto, diferenciar a compreensão de povo como soma de indivíduos da compreensão de povo como corpo político". (SOBRINHO, 2005, p. 55-56).*

Mas como ciência social aplicada que é, o direito deve abertura à sociedade civil, sendo a permeabilidade na atividade jurisdicional uma das marcas da participação da soberania popular. Este é um dos traços que "torna um Estado de direito um Estado democrático" (BIGONHA; GOMES JUNIOR, 2012, p. 55). Embora muitas as facetas que tema de tamanha envergadura possa desencadear, foca-se, considerando os limites deste trabalho, na figura do *amicus curiae* e em como a sua utilização afirma a democratização da atividade jurisdicional, especialmente em casos como o telado – adulteração de produto brasileiro de grande circulação interna e externa.

3. Amicus Curiae e função democrática nos processos judiciais

O processo civil brasileiro, ao longo da segunda metade do século XX, mais especificamente a partir do Código de 1973, foi demarcado por um modelo de processo relacionista (tendo sua essência centralizada na relação processual estabelecida entre os polos dos sujeitos interessados que se relacionavam, conforme figura angular, com o juiz – e vice-versa – como órgão representativo do Estado) e instrumentalista (porque compreendido como um meio destinado a um fim: realizar o direito material). Nas suas aspirações mais contemporâneas, o modelo passou a ser alimentado por um contorno social e valorativo, com vistas à paz social, priorizando a busca da verdade, mas muito ainda representando a afirmação da autoridade do Estado (JOBIM, 2016, p. 118-119). Por certo, nessa concepção de processo,

marcadamente individualista e patrimonialista na sua origem, não havia espaço para a representação da sociedade civil nas suas diversas manifestações grupais. O processo somava técnica (formas e procedimentos) e império (decisões coativas), mas carecia de participação democrática e menosprezava a cidadania, em especial a cidadania plúrima, coletiva. Por certo que não havia, neste espaço, lugar para a figura do *amicus curiae*.

Mesmo depois do advento da Constituição de 1988, acentuadamente carta cidadã e democrática, houve um largo espaço de tempo para que tais características chegassem ao processo e ao poder judiciário.

Quanto ao *amicus curiae,* seu ingresso mais significativo no direito processual brasileiro se deu no âmbito da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, pelas ações de constitucionalidade, conforme Leis ns. 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente arts. 9º, § 1º, e 6º, § 1º, sem prejuízo de outras previsões esparsas, inclusive no CPC revogado.

3.1. Contornos conceituais do instituto

Atualmente, o instituto do *amicus curiae* é bem definido, no direito processual civil brasileiro, como uma das formas de intervenção de terceiro no artigo 138 do Código de Processo Civil. Por outro lado, não há como comparar o seu "interesse" com o exigido dos terceiros nas demais espécies de intervenção, já que todas guardam um elo em comum, qual seja: sujeitam as partes materialmente ao resultado da prestação jurisdicional. Esta não é a natureza do "interesse" do *amicus curiae.* Aliás, o artigo em comento sequer fundamenta a intervenção do amigo da corte no interesse, mas sim, na "representatividade adequada", superando, assim, preceito antecessor, do art. 543-C, § 4º, do Código revogado, que previa no caso do julgamento dos recursos especiais repetitivos, a "manifestação de pessoas, órgãos ou entidades, com interesse na controvérsia".

De qualquer sorte, não é útil ao presente estudo um maior aprofundamento acerca da escolha do legislador processual na alocação do instituto como forma de intervenção de terceiros, visto que a pesquisa encontra enfoque na sua aplicação

prática em caso concreto[3]. Há de se considerar, tão somente, que para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 98), graças às características do *amicus curiae*, o Código só não acertou tornando atípica a sua intervenção, a partir de um "interesse institucional" no enfrentamento de uma questão submetida à apreciação judicial, como firmou o caráter democrático do novo processo civil pátrio, alinhando-o aos valores constitucionais.

Historicamente, a figura do *amicus curiae* remete a registros do século III a.C., em que um cargo chamado *consillarius* era incumbido de auxiliar autoridades quando da tomada de decisões (TUCCI; AZEVEDO, 2001, p. 55). Após desenvolvimento do instituto por meio do direito alemão (BERMAN, 1999, p. 288), foi no direito inglês e mais propriamente no direito norte-americano que o *amicus curiae* tomou forma[4].

No Brasil, o interveniente somente recebeu esta nomenclatura no Código de Processo Civil de 2015, porém, conforme antes noticiado, legislação anterior já previa formas de intervenção anômalas para certas entidades governamentais e não governamentais reconhecidas, pela doutrina, como *amicus curiae*[5]. Atualmente, a intervenção do *amicus curiae* persiste bastante difundida em ações de controle de constitucionalidade e com objeto de repercussão coletiva.

O artigo 138 do Código de Processo Civil brasileiro contém alguns contornos para a intervenção do sujeito. Pela leitura do dispositivo, verifica-se que a intervenção

---

[3] Fredie Didier Jr., por exemplo, defendia que o *amicus curiae* era uma espécie de auxiliar da justiça, tese, porém que culminou por não ser acolhida pelo Código de Processo Civil de 2015 (2015, p. 524).

[4] O caso *Müller Vs. Oregon*, datado de 1908, é um marco na história do manejo do memorial pelo *amicus curiae*. Trata-se de litígio sobre a constitucionalidade de uma lei do estado de Oregon sobre a fixação de carga horária da jornada de trabalho de certas funcionárias e que resultou na confirmação da possibilidade de leis estatais regularem a quantidade de horas de lavoro das trabalhadoras femininas. Fato histórico referente a este caso foi a apresentação de *brief* (memorial) pelo *amicus curiae,* então *counsel* (procurador) do estado de Oregon, Louis Brandeis. O seu memorial continha dados científicos e históricos, bem como pesquisas sobre os impactos de longas jornadas de trabalho nos funcionários de sexo feminino, tendo sido o principal responsável pela declaração de constitucionalidade da lei justamente porque substituiu a maior parte da discussão jurídica do caso por ampla compilação de estudo sociológico (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1981, acesso eletrônico).

[5] Exemplo são as Leis da Comissão de Valores Mobiliários (Lei n. 6.385/76), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Lei 12.529/11) e Instituto Nacional de Marcas e Patentes (Lei 9.279/96), entre outras.

pode ocorrer: em primeiro ou segundo grau de jurisdição; em demandas cuja relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia justifiquem a intervenção do terceiro; por requerimento das partes, de ofício ou por requerimento do próprio terceiro interveniente; em pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada; mediante manifestação nos autos e com atuação, durante o processo, a ser definida pelo juiz da causa.

Ou seja, o sujeito que intervém como *amicus curiae* o faz de maneira justificada no auxílio que prestará para a demanda: *(i)* ou porque se trata de sujeito que representa adequadamente certa parcela ou setor da sociedade e que pode ser afetada, ainda que não juridicamente, pela demanda em questão, desde que o faça não como defensor do grupo, porquanto, para esse papel, existe a figura da assistência, mas sim como defensor da boa prestação jurisdicional com vistas à realização dos fundamentos e objetivos que inspiram a República (art. 3.º, da Constituição) ou, dizendo com outras palavras, a própria justiça do caso concreto; *(ii)* ou porque se trata de sujeito que possui conhecimento técnico sobre o objeto da demanda e, com a apresentação de parecer e opinião, auxiliará na compreensão da questão de certa complexidade, sem, também caracterizar trabalho pericial, que, de igual forma, encontra previsão no sistema probatório.

Com base neste conjunto de preceitos, Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. 274) define que o interesse do *amicus curiae* na intervenção em demandas judiciais, bem como o seu proveito para as partes e juiz é institucional. Ou seja, difere-se das demais formas de intervenção de terceiro arroladas no Código de Processo Civil, onde os respectivos sujeitos intervenientes apresentam algum interesse ou afetação jurídica direta da causa e vinculados a uma das partes. Considerando que a intervenção poderá se dar, como visto acima, por duas fundamentações distintas, o interesse institucional está mais adstrito à ideia de que a decisão poderá ter efeitos *erga omnes*, refletindo-se sobre uma coletividade indefinida, de modo que instituições que representem, de alguma forma, direta ou indiretamente, esse(s) grupo(s) sejam ouvidas no processo contribuindo para a boa solução da causa. Assim, por exemplo, se uma determinada ação coletiva tem por objeto práticas inibitórias com vistas à tutela do meio ambiente,

associações que reúnam trabalhadores que atuam na região conturbada podem comparecer ao processo para, além do bem da vida tutelado, propor a análise da questão econômica e social, intrinsecamente conectada com a tutela inibitória.

À evidência, não implica, o *amicus curiae,* pluralização subjetiva dos sujeitos processuais. O que determina sua participação no processo, quando intervém sob o fundamento de significativa representatividade, sim, é o interesse institucional, interesse esse diametralmente oposto ao interesse jurídico, a justificar a intervenção parcializada. Impõe-se uma precisa conceituação sobre este interesse, mesmo antes do Código atual:

> *o estudo desta figura faz nascer a necessidade de se começar a desenhar com alguma precisão o conceito de interesse institucional, que justifica sua atuação no processo, interesse este que deve ser concebido num espírito diferente daquele a partir do qual se criaram os conceitos de interesse de parte (WAMBIER, 2007, p. 77).*

Quando a intervenção se dá por esse fundamento, há sempre o perigo de que o *amicus curiae*, em suas manifestações, torne-se tendencioso, afastando-se da sua condição de amigo da corte para defender os interesses de uma ou outra parte. Esta denúncia é subscrita por José Miguel Garcia Medina (2015, p. 229), acusando uma tendência brasileira de se acolher o interveniente como singular assistente, a exemplo de uma decisão do STJ, citada pelo autor, no julgamento do REsp 677.595/RS, da relatoria do Min. Luiz Fux, então integrante daquela corte, quando afirmado que "o *amicus curiae* opina em favor de uma das partes", ao contrário do direito estrangeiro, mais cauteloso ao tratar do *amicus curiae*. Espera-se que sob as regras mais precisas do novo Código processual essa tendência não se confirme.

A segunda previsão de intervenção do *amicus curiae* está menos comprometida com a representatividade, e mais com o seu conhecimento técnico a respeito do objeto da demanda, ao efeito de trazer esclarecimentos úteis ao julgamento do caso. Decorre sua intervenção da especificidade do tema objeto da demanda, que pode ganhar contornos de profundo conhecimento técnico e complexo. Não se confunde com a figura do perito, porque não há fatos a serem investigados.

São questões de perquirição técnica, por vezes a exigir esclarecimentos especializados sobre a matéria, até porque as novas dimensões de direitos abordam

controvérsias envolvendo as mais diversas áreas do conhecimento. Muitos seriam os exemplos que aqui poderiam ser citados. Ações que envolvem o meio ambiente por vezes exigem conhecimento especializado sobre as mais diversas tecnologias, tanto aquelas que podem auxiliar no combate ou até impedimento à poluição, como aquelas que dizem com níveis de influência no meio que se quer proteger; demandas envolvendo transplante de órgãos; alimentos transgênicos; não se abortando também feitos que envolvam o mercado financeiro, a exemplo do que já previa o art. 31 da Lei n. 6.385/76, que autorizava a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários nos processos judiciários que tenham por objetivo matéria incluída na competência de suas atribuições[6]. Trata-se de intervenção não com o objetivo de representar qualquer classe ou grupo, mas principalmente de fazer prevalecer a saúde jurídica, técnica e ética do sistema do mercado financeiro.

Na dupla concepção de intervenção do *amicus curiae* já se manifestava Carlos de Augusto de Assis, na obra organizada por Luiz Dellore e outros (2016, p. 339-340), no exame de casos anteriores ao advento do Código de 2015, reconhecendo que por vezes a atuação desse peculiar terceiro se dará em razão da necessidade de especiais esclarecimentos técnicos, enquanto que em outras ele aparecerá mais como uma "exigência da pluralismo".

Nada impede, contudo, que o *amicus curiae,* excepcionalmente, atenda as duas funções que a legislação processual lhe atribui ou, ainda, que haja mais de um *amicus curiae* atuando no mesmo processo, o que é reconhecido implicitamente por Sofia Temer, quando enfrenta o art. 138, § 3º, do CPC/2015, com vistas à intervenção do *amicus curiae* no incidente de resolução de demandas repetitivas, admitindo a autora "a concentração ou divisão da participação dos *amici curiae* em alguns atos ou 'zonas' específicas" (2017, p. 193).

De um modo ou de outro, pode-se concluir que o *amicus curiae* é terceiro interveniente que qualifica a decisão judicial, tanto no âmbito de sua legitimação

[6] Art. 31, da Lei n. 6.385/76: - Nos processos judiciários que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação, cujo dispositivo foi incluído pela Lei n. 6.661/78.

social, validando-a, como na eficiência do resultado que a prestação jurisdicional oferece, respaldando, destarte, sua aceitação pelos destinatários.

3.2. Amicus Curiae como afirmação da participação democrática

Conforme visto alhures, o *amicus curiae* teve marco histórico inicial vinculado à figura de um terceiro interveniente com a função de instruir e auxiliar o juízo em questões técnicas. Muito mais ligado, portanto, a uma função instrutória do que representativa de alguma parcela da comunidade. A essa função tradicional, que o sistema continua autorizando, outra há de ser agregada, merecendo, neste trabalho, destaque. Com o desenvolvimento da sociedade em um movimento de coletivização que requer novas técnicas de administração de grupos, além de indivíduos (tanto nos setores privados quanto públicos, incluindo-se, aí, a administração da justiça e a prestação jurisdicional), o *amicus curiae* passou a ser instrumento de efetivação e afirmação da democracia dentro da criação jurisdicional.

O novo modelo do processo civil enquanto espaço de construção do direito em contraditório traz conceito que pode ser aplicado para a participação de indivíduos além dos limites subjetivos da lide, especialmente em decorrência da "perspectiva política (o contraditório, garantia democrática de participação dos sujeitos na formação da decisão judicial, que polariza o procedimento, ângulo externo de apreciação do processo)" (MITIDIERO, 2005, p. 144). E se o novo sistema jurídico envolve mecanismos e instrumentos com a função de, a partir de um caso concreto, gerar decisões com repercussões coletivas ou, embora não necessariamente coletivas, mas estruturais quanto à condução da sociedade[7], nada mais equilibrado do que

[7] Para aprofundamento das medidas estruturais em sede de jurisdição constitucional – que não esgota a matéria, pois também as demandas coletivas podem se valer de medidas estruturais – remete-se o leitor para a obra de Marco Félix Jobim, onde verifica-se a lição de que justamente os instrumentos estruturantes tentam reduzir o impacto de problemas que, ainda que individuais, levados à tutela jurisdicional acabam tomando proporção de interesse coletivo. Assim, a estrutura tradicional do direito processual não permite a apreensão, pelo magistrado, do impacto maior do conflito analisado perante a sociedade. Evidentemente, na tutela coletiva esta problemática é ainda mais agravada, quando as questões de direito levadas ao Judiciário realmente trazem implicações diretas (difusas ou homogêneas)

permitir que parcelas da sociedade sejam ouvidas na construção desta norma. E o *amicus curiae,* como representante destas parcelas, assume um segundo papel em sua atuação, que é o de instrumento de afirmação da democracia dentro dos processos em que realiza a sua intervenção.

Uma das ideias que fundamentam a aceitação do instituto reside na noção de encontro entre o campo das relações público-privadas, permitindo que o *amicus curiae* interveniente seja pessoa de direito privado ou público, e que a demanda em que se realiza a intervenção seja individual ou coletiva, tratando de objetos de interesse privado ou público. Até mesmo porque há muito alimenta-se uma preocupação com a observação de direitos fundamentais em prol dos sujeitos privados a partir do direito público (SARLET, 2006, p. 280). Neste sentido, o direito norte-americano, que conta com uma experiência mais larga na utilização do *amicus curiae*, auxilia na ideia de que a participação de grupos coligados em um interesse comum, na qualidade de colaboradores ou cooperadores da prestação jurisdicional, em casos submetidos à Suprema Corte traz não só uma maior qualificação técnica da decisão, como legitimação democrática (BOX-STEFFENSMEIER; CHRISTENSON, 2014, p. 83).

Tecnicamente, a justificativa da participação do *amicus curiae* em demandas judiciais individuais ou coletivas como legitimação democrática encontra lastro na teoria do agir comunicativo de Habermas como um dos canais de comunicação que devem existir entre a sociedade e a jurisdição constitucional. Trata-se de uma ampliação do conceito da democracia deliberativa[8] a uma ética de discurso.

---

a uma coletividade. Medidas como as *structural injunctions* e instrumentos como o próprio *amicus curiae* são peças-chave para que o Poder Judiciário atenda com qualidade a estas novas demandas sociais (JOBIM, 2013, p. 96-97).

[8] Sobre a democracia deliberativa, anota-se: "a democracia deliberativa tem como uma de suas características mais importantes buscar conciliar as duas principais matrizes da teoria política moderna: a matriz político-liberal e a matriz democrática (...). A compreensão da democracia deliberativa deve prevalecer por ser a mais conforme aos postulados (regulativos da interpretação constitucional) da 'unidade da constituição', da 'integridade' e da 'coerência', os quais prescrevem, em síntese, que o sistema formado pelos princípios constitucionais deve ser reconstruído de modo a se compor um todo coerente, integrado e harmônico. Tais postulados se alicerçam na compreensão de que o fato de o direito conter normas que obrigam em sentido divergente é um problema, a ser corrigido pela atividade interpretativa, e não uma característica sua, essencial e insuperável. Além disso, a proposta democrático-deliberativa deve prevalecer também por ser a que melhor permite a cooperação democrática em

Jürgen Habermas parte do pressuposto de que a democracia é produto de um ambiente social de liberdade e de igualdade, promovido pelo estado social de direito. Também aponta para o fato de que, no debate público, não será outro o resultado senão o desequilíbrio e o controle de massas por uma minoria privilegiada, caso não exista igualdade de condições para os sujeitos participantes do debate público. Para atingir o *telos* desejado pelo filósofo alemão, que é a verdadeira instituição da democracia com a participação diversificada dos vários representantes da sociedade no debate público, o teórico sugere um procedimento específico: em primeiro lugar, para sociedades complexas e pluralistas, como as grandes coletividades contemporâneas, deve ser excluída a concepção material de legitimidade, substituindo-se por um processo democrático de elaboração de leis, dentro da ideia de "consenso procedimental". Para tanto, Jürgen Habermas conta com cidadãos que contribuem não apenas com a razão, mas também com a sua vontade de contribuir com a cooperação social. O procedimento encontra sustentação nos princípios da universalização ("U"), que prevê a necessidade para toda a norma válida de que os seus eventuais resultados indesejáveis, resultantes de sua observância universal, sejam aceitos pela coletividade, a fim de satisfazer os interesses dos indivíduos como um todo; e da "ética do discurso" ("D"), que prevê a possibilidade de toda a norma válida receber aceitação por cada indivíduo se existisse a possibilidade de um discurso prático (HABERMAS, 1989, p. 143-149). A intervenção do *amicus curiae*, ao menos no que diz respeito à comunicação entre o poder judiciário, em sede de processos judiciais, com certos representantes da sociedade, contém embasamento teórico justamente nesta ideia de possibilidade de um diálogo que confirma a democracia, com a devida observação às regras procedimentais.

O poder judiciário figura como portal para este diálogo entre a sociedade e o poder estatal. Atualmente, pode-se afirmar que o papel do judiciário, aliás, tem recebido realce especial principalmente em função do aumento da complexidade dos sistemas

---

contextos marcados por um profundo desacordo moral, *i.e.*, pelo 'fato do pluralismo', o qual afasta a possibilidade de se justificar pré-politicamente a restrição da soberania popular" (SOUZA NETO, 2006, p. 19-21).

políticos (FACCHINI, 2007, p. 139). Pode-se dizer que há duas razões básicas para o aprofundamento do papel do judiciário na sociedade atual. São elas: (a) a mudança da estrutura do sistema jurídico, observada a partir da segunda metade do século XX, e que tinha por objetivo alcançar o Estado constitucional de direito e (b) a alteração da estrutura política com o desenvolvimento deste Estado social, em consequência do maior intervencionismo do Estado na economia e na sociedade (FACCHINI, 2007, p. 140). Atualmente, o judiciário encontra-se dissociado da tradicional ideia de que o Estado apenas desempenhava duas funções (protetiva – dos atos lícitos) e repressiva (dos ilícitos), sendo razoável afirmar que as decisões advindas do judiciário – as munidas de repercussão geral, com certeza – devem encontrar consenso com a situação atual da sociedade, com o aparato instrumental oferecido pela realidade social e política do momento presente. Assim, afirma-se que o judiciário é figurante ativo na democracia participativa, que permite a "própria intervenção dos cidadãos, individual ou organizadamente, nos procedimentos de tomada de decisões político-administrativas" (FACCHINI, 2007, p. 154).

Se a participação é corolário da democracia para que, por meio das forças sociais, a última receba grau de eficácia e legitimidade na sociedade, recebendo a devida abrangência em uma sociedade de distintas esferas e categorias de interesses (BONAVIDES, 2001, p. 51), então a atuação do *amicus curiae,* no poder judiciário, é um dos principais canais da colocação da democracia em prática.

O direito à informação, à participação e ao amplo debate passa por este conceito de efetivação da democracia mediante uma abertura e uma maior flexibilização com relação aos sujeitos que podem intervir como *amicus curiae* e os processos onde esta intervenção ocorre:

> *Há certo consenso de que em um regime democrático deve ser ampla a participação popular na formulação da vontade política, com a representação de todos os interesses compatíveis com o próprio regime democrático. Assiste razão àqueles que entendem que devem merecer proteção especial do juiz constitucional as liberdades básicas, como a de expressão, e os direitos à informação e de participação, dada a sua importância para a livre formação da opinião pública. Sem liberdade de expressão e direito à informação e sem amplos direitos de participação não há verdadeira democracia. A Constituição brasileira foi pródiga em relação a eles, protegendo-os em diversos dispositivos (art. 5º, IV, IX, XXXIII, LXXII, arts, 14, 15, 215 e 220)" (MORO, 2004, p. 263)*

Este viés de confirmação democrática pela intervenção do *amicus curiae* é bem enquadrada por Teresa Arruda Alvim Wambier ao afirmar que "a ideia de democracia, considerada matriz do princípio do contraditório, é que inspira a necessidade de que as decisões do Judiciário espelhem a *vontade do povo*" (WAMBIER, 2007, p. 78).

No particular, embora o texto do art. 138 do CPC/2015 não estabeleça limites quanto às espécies de demandas que comportariam a intervenção do *amicus curiae,* apenas as qualificando a partir da necessidade processual de um terceiro com funções de colaborar com a corte, nem o faça à qualificação do interveniente, o entendimento pacífico da doutrina é bastante liberal, admitindo que o terceiro ingressante no processo possa ser pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade sem personalidade jurídica (CÂMARA, 2015, p. 106), agregando-se posições bem claras defendendo a ampliação da própria atividade do *amicus curiae,* ao encontro da necessidade da legitimação democrática do processo.

No mesmo alinhamento, Gisele Mazzoni Welsch, referindo Marco Aurélio Marrafon e Sandro Marcelo Kozikoski e na proposta de ampliar o espectro democrático via intervenção de *amicus curiae,* traz o caso das agências regulamentadoras, criadas como autarquias autônomas destinadas à regulação de determinados serviços públicos, compondo a administração indireta, afirma:

> *(...) entende-se que a atuação e intervenção necessária das agências reguladoras na condição de amicus curiae e como agente político legitimador democrático da produção de precedentes judiciais de eficácia vinculante em causa de potencial repetitivo e, ipso facto, de representação social e econômica, como as que envolvem relação de consumo e prestação de serviços públicos, concedidos ou autorizados, é medida que se impõe e que serviria aos ideais do Estado Democrático de Direito (WELSCH, 2016, p. 164-165).*

Conclui a autora, nesse fio, dada a autonomia das agências reguladoras, ainda que compondo o executivo e sendo fiscalizada pelo legislativo, sua intervenção em determinado processo teria aptidão para promover uma verdadeira interação e integração dos poderes executivo, legislativo e judiciário, especialmente quando se tratar de formação de precedentes que a todos vincula, representando importante prática democrática (2016, p. 170).

4. Hipótese de caso prático: viabilidade de intervenção de órgão estrangeiro em processo em trâmite no Brasil – o exemplo da Operação "Carne Fraca"

Com a ideia de imprimir atualidade ao presente estudo e também demonstrar, casuisticamente, a relevância e conveniência de ampliação dos critérios quanto aos (a) sujeitos que podem intervir nas demandas judiciais e às (b) espécies de demandas judiciais em que a intervenção do *amicus curiae* é bem-vinda – individuais ou coletivas – sugere-se o cotejo da intervenção de um sujeito internacional de natureza pública específico (a Autoridade de Segurança Alimentar e Econômica de Portugal - ASAE) em uma eventual Ação Coletiva ajuizada no Brasil por um dos legitimados do artigo 5.º, da Lei 7.347/85.

4.1. Da Operação "Carne Fraca" e eventual ajuizamento de Ação Coletiva no Brasil

A chamada "operação Carne Fraca" deflagrou, no ano de 2017, a prática de adulteração da carne brasileira por algumas empresas exportadoras do produto. Segundo o noticiado, "entre os crimes apontados pela denúncia estão corrupção, prevaricação, concussão, violação de sigilo funcional, peculato, organização criminosa e advocacia administrativa" (REVISTA VEJA, 2017). Com relação ao consumo do produto, este recebeu restrições por conta da verificação de uso de produtos químicos indevidos para disfarçar a validade vencida da carne, venda de alimentos impróprios para o consumo e até mesmo o enxerto de papelão em uma amostra do produto (G1, 2017).

Por conta do ocorrido, diversos países importadores da carne brasileira suspenderam a compra do produto, bem como órgãos de fiscalização sanitária para insumos importados redobraram o acompanhamento das repercussões decorrentes da operação e os esforços para o controle da carne importada. Especificamente com relação a Portugal, o país sofreu impactos com os pontos objeto da operação, conforme se verifica das notícias abaixo citadas:

> *A Comissão Europeia anunciou esta segunda-feira que vai pedir a suspensão da importação de carne feita às empresas brasileiras envolvidas na polémica da Operação Carne Fraca. O impacto vai-se fazer sentir em Portugal, garante associação do*

> *setor da carne (…) Em 2016, segundo dados do Instituto Nacional de Estatística, Portugal importou do Brasil mais de 3,4 milhões de euros em "carnes e miudezas", num total de quase 525 mil toneladas. E a tendência era de crescimento, com um aumento de quase 27% face a 2015" (VISÃO, 2017)*
>
> *Foram 524.519 quilos, num valor total de 3,44 milhões de euros: estes são os valores totais de carne comprada por Portugal ao Brasil no ano passado, país que hoje tem a "carne sob suspeita" após os resultados da investigação 'Carne Fraca', conta o Público, que cita dados do Instituto Nacional de Estatística (INE). No total, e só durante o ano de 2016, foram mais de 524 toneladas de carnes de bovino e de aves, fresca ou congelada, importada por Portugal" (OBSERVADOR, 2017)*
>
> *A União Europeia, por sua vez, anunciou que recusará e devolverá ao Brasil os envios já a caminho dos estabelecimentos envolvidos no escândalo, enquanto reforça seus controles "para garantir [a qualidade] das importações do Brasil.*
>
> *O bloco europeu, que em 2016 importou 486 milhões de dólares de carne bovina, advertiu que poderá adotar futuras medidas caso seja necessário, uma vez analisados os resultados dos controles reforçados, a evolução da crise e a resposta das autoridades brasileiras.*
>
> *A Comissão Europeia indicou que somente quatro dos estabelecimentos envolvidos tinham autorização de exportar à UE, uma licença que as autoridades brasileiras suspenderam a pedido de Bruxelas" (EXAME, 2017).*

O fato gerou não somente implicações econômicas no mercado interno e externo, como decorrências administrativo-judiciais. Investigações e demandas judiciais criminais foram implementadas, bem como cíveis, individuais ou coletivas, vide ação coletiva movida pelo escritório de advocacia norte-americano Rosen Law Firm nos Estados Unidos em representação de um grupo de investidores em ações do grupo JBS (AGENCIA BRASIL, 2017).

A possibilidade de uma Ação Coletiva[9] ajuizada em face das empresas importadoras de carne que forem identificadas como responsáveis pelas adulterações dos produtos não é um cenário improvável no Brasil. Os sujeitos elencados no art. 5.º,

[9] Sobre as nomenclaturas "Ação Coletiva" e "Ação Civil Pública", vale lembrar da lição de José Maria Tesheiner, para quem o termo "Ação Coletiva" se destina às ações que tutelam direitos individuais homogêneos. Já para os direitos difusos e coletivos stricto sensu, que são tutelados pelas ações previstas em lei, cabe o termo "Ação Civil Pública" (TESHEINER; MILHORANZA, 2010. p. 119-120).

da Lei 7.347/85, estão legitimados a ingressar com a medida judicial com o escopo de proteger interesses de consumidores, investidores, importadores ou todo e qualquer grupo lesado pelas implicações dos atos ilícitos praticados pelas empresas envolvidas, sejam estes interesses de natureza difusa[10] ou individual homogênea[11].

E é considerando este cenário que se pretende finalizar o presente estudo na averiguação da possibilidade e vantagens de intervenção de órgão de direito público internacional (a Autoridade de Segurança Alimentar e Econômica de Portugal – ASAE) como *amicus curiae* em eventual ação coletiva desenvolvida no Brasil, tendo em vista toda a sua justificativa vinculada à efetivação da democratização do poder judiciário. Neste aspecto, a intervenção de órgãos estrangeiros deve ser ainda mais enaltecida em demandas que, apesar de ajuizadas em território brasileiro e na defesa de interesses de jurisdicionados brasileiros, trazem impacto a relações internacionais (no caso, especialmente no escopo econômico relativo à importação do produto e eventuais buscas pela indenização de prejuízos como a noticiada demanda ajuizada nos Estados Unidos).

4.2. Da possibilidade de intervenção de órgão estrangeiro como amicus curiae – exemplo da Autoridade de Segurança Alimentar e Econômica de Portugal (ASAE)

Inicialmente, cumpre referir que o órgão público português tomado como exemplo de sujeito com interesse institucional na intervenção se trata da ASAE, autoridade administrativa portuguesa responsável pela fiscalização da segurança

[10] "Os interesses ou direitos difusos são identificados como aqueles relacionados a um número indeterminado de pessoas, vinculados por uma relação factual que merece ser acolhida pelo ordenamento jurídico. São de natureza indivisível, sendo esta indivisibilidade caracterizada pela impossibilidade de distinguir o titular da prestação jurisdicional ou mesmo individualizar a parcela, que lhe é cabível, daquele determinado interesse ou direito tutelado. O que caracteriza, portanto, seu caráter difuso é tanto a indeterminação dos seus titulares quanto a existência de uma ligação entre eles decorrente de uma circunstância de fato. São exemplos de direitos difusos o direito à saúde e o direito à segurança (...)" (BENJAMIN; MARQUES; MIRAGEM, 2006, p. 975).

[11] Aqueles de "caráter comum, homogêneo, justamente em relação à origem do pedido que se deverá postular em juízo" (BENJAMIN; MARQUES; MIRAGEM, 2006, p. 975).

alimentar e fiscalização econômica deste ramo. É órgão pertencente à polícia criminal e responsável pela regulação, avaliação e comunicação dos riscos na cadeia alimentar e suas atividades econômicas.[12]

Ou seja: em eventos como o da Operação Carne Fraca, a ASAE é um dos órgãos protagonistas no controle e fiscalização da qualidade do produto, mas também nos impactos econômicos internos decorrentes. Projetando-se a hipótese de eventual ajuizamento de Ação Coletiva em território brasileiro, ainda que em defesa de interesses de consumidores ou investidores brasileiros, por certo que a intervenção da ASAE como *amicus curiae* traria benefício ao debate jurídico-material em tela.

Sobre a intervenção do *amicus curiae* em demandas coletivas, o próprio Código de Processo Civil de 2015 está em sintonia com tal aceitação. O artigo 138, do CPC/2015, não cria qualquer embaraço – muito pelo contrário – à intervenção em quaisquer formatos procedimentais, o que inclui processos individuais ou coletivos. Especialmente calcado no princípio da cooperação (art. 6.º, CPC), a permissão de participação para além das partes litigantes no processo coletivo "contribui sobremaneira para que o processo jurisdicional seja plural, democrático e global. Aliada ao dever de motivação das decisões judiciais, essa novidade tem a potencialidade de incrementar a qualidade das decisões judiciais. No plano coletivo, isso implica um reforço de legitimidade à decisão, pois tanto a profundidade quanto a amplitude do debate serão incrementadas" (VIOLIN, 2016).

Ainda que sujeito de direito internacional, a ASAE, como visto, é responsável pela regulação e controle não somente da qualidade dos alimentos importados para Portugal, mas também da economia que este mercado movimenta. Assim, para a aferição dos impactos no Brasil (para as empresas exportadoras e eventuais investidores), a contribuição da intervenção seria inegável. Mais: a ASAE poderia agregar, vinculando-se à forma mais tradicional da intervenção, informações sobre critérios e medidas utilizadas pelo país importador acerca da carne brasileira, mensurando com maior precisão eventuais impactos e adaptações que os produtores e exportadores do produto enfrentariam no mercado exterior.

[12] Disponível em http://www.asae.pt/. Acesso em 21 de maio de 2017.

O próprio instituto do *amicus curiae* é instrumento oriundo dos chamados "transplantes jurídicos", tendo se desenvolvido em países da *common law* e, após, posto em maior prática no Brasil. Sendo assim, a permissão de intervenção de órgãos internacionais em processos judiciais brasileiros não apenas compatibilizaria como legitimaria a prática da transposição de institutos no direito comparado (DOLIDZE, 2016, p. 856).

Especialmente ao se considerar que a demanda judicial decorrente dos fatos apurados na Operação Carne Fraca implicaria revisão e análise dos padrões de qualidade do produto para exportação e que a ASAE representa órgão regulador de qualidade e decorrências econômicas deste campo do mercado, sua participação seria análoga à abertura democrática para além dos limites territoriais brasileiros na construção de uma melhor compreensão, pelo juízo da causa, sobre os critérios reguladores de vigilância sanitária. Neste sentido, defende-se até mesmo uma abertura democrática para a própria elaboração de normas jurídicas no direito sanitário (AITH, 2013, p. 134). Quanto mais na apresentação de manifestações, informações e opiniões sobre o tema em demanda judicial com potencial coletivo.

Assim como o mundo globalizado une países e comunidades por conta da força estatal e privada de cada unidade com relação a aspectos políticos por conta de implementações administrativas, executivas e legislativas, "o poder judiciário precisa ter consciência da politicidade de seu trabalho" (AZEVEDO, 2001, p. 414). Mais: o sistema processual que permite a intervenção do *amicus curiae* não se beneficiará com a sua restrição e fechamento, e sim com a sua abertura e permeabilidade inclusive perante órgãos e sujeitos internacionais, ainda mais em questões que, como a Operação Carne Fraca, implicam impactos em aspectos internos e externos.

Trata-se de um processo de internacionalização que beneficia não somente a qualificação dos setores administrativos do Estado, como judiciária, em consequente aproximação do jurisdicionado – ainda mais em um grupo coletivo – à realidade do país perante outros sujeitos internacionais. Mais: há direitos e setores juridicamente

relevantes que interessam não somente aos jurisdicionados brasileiros, mas a toda uma comunidade internacional, e as questões decorrentes da Operação Carne Fraca, como se viu, é um deles, Nesse sentido:

> *O mundo contemporâneo vive à procura do difícil equilíbrio entre tais papéis heterogêneos, hoje, indubitavelmente, exigência do Estado democrático. Todavia, o processo de internacionalização da vida social acrescentou mais uma dificuldade à consecução dessa estabilidade: os direitos cujo sujeito não é mais apenas um indivíduo ou um conjunto de indivíduos, mas, todo um grupo humano ou a própria humanidade. Bons exemplos de tais direitos de titularidade coletiva são o direito ao desenvolvimento e o direito ao meio-ambiente sadio (...). A aceitação da existência de direitos que pertencem a toda a humanidade ou a parte dela que não está contida em apenas um Estado fez com que a lei que abriga os direitos humanos tivesse um caráter internacional (DALLARI, 2002, p. 16-17).*

Quanto ao formato de intervenção, caberá, nos termos do art. 138, parágrafo segundo, CPC, ao magistrado definir os poderes da entidade como *amicus curiae* – se com maior participação instrutória ou mediante apresentação de manifestação escrita com parecer próprio sobre o objeto da demanda. Esta abertura legislativa sobre o procedimento do instituto, aliás, somente contribui para a adequação da melhor forma de participação da entidade, não somente adaptando o melhor aproveitamento do órgão interventor para a democratização do exercício jurisdicional, como a melhor compatibilização do uso do *amicus curiae* em processos com procedimentos e escopos especiais, como o caso das ações coletivas.

5. Conclusão

Conclui-se, portanto, que a abertura de institutos oriundos do direito comparado, como é o caso do *amicus curiae* no Brasil em relação aos países de *common law*, não deve ser realizada em uma concepção isolada com relação àquele instrumento em si. Especialmente na área processual, considerando-se o papel cada vez mais ativo e formador de fontes vinculantes do poder judiciário, a assunção de novos instrumentos originários de sistemas estrangeiros deve ser realizada com um propósito compatível aos valores constitucionais do direito interno.

No caso do objeto tema do presente estudo, a atuação do *amicus curiae* somente encontra propósito quando utilizada como viés afirmador da participação democrática nos casos concretos que, direta ou indiretamente, serão relevantes para determinados grupos da sociedade. A democratização da gestão pública, e entre ela a jurisdição prestada pelo Estado, passa pelo conceito de participação social na formação de uma das fontes do direito e de organização interna e externa da sociedade, que é a jurisdição. Uma das ferramentas voltadas à afirmação desta democratização é a intervenção de órgãos e entidades com representatividade adequada na qualidade de *amicus curiae*.

Situações como a mencionada como exemplo concreto no presente estudo (Operação Carne Fraca) não somente interessam à coletividade de maneira difusa enquanto questão socialmente relevante, como também atingem grupos específicos, pelas mais variadas razões. Consumidores, empresários, investidores e importadores da carne brasileira envolveram-se com o caso por consequência de prejuízos e interesses diretos. Órgãos intimamente vinculados à avaliação e controle do produto que descobriu-se prejudicado inegavelmente possuem conhecimento técnico sobre a forma com que a aferição de qualidade da carne brasileira era feita e passou a ser feita, bem como implicações econômicas na suspensão, diminuição ou devolução de produtos importados. Além disso, representam setores que mantêm relações econômicas diretas com o Brasil, o que traz um interesse dúplice na relação – tanto nacional, quanto internacional.

Daí que a mera constatação de que a ASAE, responsável pela vigilância sanitária e econômica de produtos alimentícios importados ao Portugal, se trata de órgão estrangeiro, não deve trazer incompatibilidade para a sua intervenção em eventual Ação Coletiva ajuizada no Brasil e decorrente dos fatos envolvidos na Operação Carne Fraca. Considerando a potencialidade e abrangência de uma demanda coletiva perante certos grupos da sociedade brasileira – e mesmo internacional – entre eles, representantes da indústria alimentícia, consumidores, investidores de tais empresas, importadores etc., a intervenção considerada somente qualificaria a decisão judicial no sentido de (a) agregar maiores informações técnicas sobre a

forma de avaliação da qualidade do produto por órgãos estrangeiros, especialmente de países com importação expressiva perante o Brasil e (b) apreender as proporções das consequências para a decisão imposta em Ação Coletiva, tendo em vista que a intervenção do *amicus curiae* teria o escopo, justamente, de informar sobre o impacto da atividade jurisdicional sobre o grupo representado pelo sujeito interveniente que, neste caso concreto, também teria relevância perante os jurisdicionados brasileiros.

Referências

AGENCIA BRASIL, 27 de março de 2017, disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/print/1070845. Acesso em 20 de maio de 2017.

AITH, Fernando. Direito à saúde e democracia sanitária: efetivação democrática do direito à saúde no brasil. 60 desafios do direito. *Política, democracia e direito*. v.3, São Paulo: Atlas, p. 127-135, 2013.

ALONSO, José Antonio Martinez. *Dicionário de latim jurídico e frases latinas*. Vitória: UFES, 1998.

ASSIS, Carlos Augusto. *Teoria geral do processo contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2016.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Da politicidade do poder judiciário. Direito e democracia*. V.2, n.2, 2º semestre de 2001, Canoas: ULBRA, p. 409-424.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BERMAN, Halrold J. *Religious dimensions of the western legal tradition. The contentious triangle: church, state and university: a festschrift in honor of professor George Huston Williams*. V. 51. PETERSEN, Rodney L.; PATER, Calvin Augustine (Org.). Kirksville: Thomas Jefferson University Press, p. 281-293, 1999.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; GOMES JUNIOR, Luiz Moreira. Legalidade e legitimidade na ordem constitucional de 1988: o papel do cidadão. In: ANTERO, Samuel A. SALGADO, Valéria Alpino Bigonha (orgs). *Democracia, direito e gestão pública*: textos para discussão. v.5. Brasília: Editora IABS, p. 47-75, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOX-STEFFENSMEIER, Janet M.; CHRISTENSON' Dino P. The evolution and formation of amicus curiae networks. *Social Networks*, Amsterdam, n. 36, 2014, p. 82-96.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. Um terceiro enigmático. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro.* São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito sanitário*. Direito e democracia. V. 3, n. 1, 2.º semestre de 2002, Canoas: ULBRA, p. 7-42, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1, 17.ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DOLIDZE, Anna. Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant. *The European Journal of International Law*. v. 26, n. 4, Oxford: Oxford University Press, 2016, 851–880.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court Historical Society*. Disponível em: http://supremecourthistory.org/assets/pub_journal_1981.pdf. Acesso em: 16 de maio de 2017.

EXAME, 25 de março de 2017, disponível em: http://exame.abril.com.br/economia/ue-devolvera-ao-brasil-suposta-carne-adulterada/ . Acesso em 20 de maio de 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no mundo contemporâneo. *Revista da Ajuris*, n. 108, Porto Alegre: Ajuris, p. 139-165, dezembro de 2007.

G1, 20 de março de 2017, disponível em: http://g1.globo.com/economia/agronegocios/noticia/carne-fraca-perguntas-e-respostas-sobre-a-operacao-da-pf-nos-frigorificos.ghtml . Acesso em 21 de maio de 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Traduzido por Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HALL, Jerome. *Democracia e direito*. Trad.: Arnold Wald e Carly Silva. Rio de Janeiro: Zahar, 1949.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOBIM, Marco Félix. *Teoria, história e processo: com referência ao CPC/2015*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINEZ ALONSO, José Antonio. *Dicionário de latim jurídico e frases latinas*. Vitória: UFES, 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional com democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OBSERVADOR, 21 de março de 2017, disponível em: http://observador.pt/2017/03/21/carne-fraca-portugal-importou-524-toneladas-de-carne-do-brasil/ . Acesso em 20 de maio de 2017.

PESSOA, Fernando. *Obra poética*. Ed. Nova Aguilar, Rio de Janeiro, 1976.

REVISTA VEJA, 25 de abril de 2017, disponível em http://veja.abril.com.br/economia/carne-fraca-justica-torna-59-pessoas-res-por-operacao/ . Acesso em 21 de maio de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOBRINHO, Sidnei Cruz. *Direitos humanos e democracia em Jürgen Habermas*. Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Filosofia da PUCRS. Porto Alegre, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 2.ª ed. Salvador: Ed. Jus Podvim, 2107.

TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Direitos indisponíveis e legitimação do Ministério Público para as ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos de natureza previdenciária*. Temas de direito e processos coletivos. Porto Alegre: HS Editora, 2010.

VIOLIN, Jordão. O Contraditório No Processo Coletivo: Amicus Curiae e Princípio da Cooperação. *Processos Coletivos*. V. 7, n., 01/04/2016 a 30/06/2016. Disponível em: http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/revista-eletronica/70-volume-7-numero-2-trimestre-01-04-2016-a-30-06-2016/1692-o-contraditorio-no-processo-coletivo-amicus-curiae-e-principio-da-cooperacao . Acesso em: 21 de maio de 2017.

VISÃO, 20 de março de 2017, disponível em: http://visao.sapo.pt/actualidade/economia/2017-03-20-Embargo-a-carne-brasileira-vai-ter-um-impacto-muito-grande-no-consumo-portugues . Acesso em 21 de maio de 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Amicus curiae: afinal, quem é ele? *Direito e democracia*. V.8, n.1, jan./jun. 2007, Canoas: ULBRA, p. 76-80.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Direitos humanos: controle de convencionalidade brasileiro

Human rights: control of Brazilian conventionality

Eudes Vitor Bezerra[*] / Marcelo Negri Soares[**]

RESUMO: Este artigo analisará o controle de convencionalidade interno existente no Brasil, com esteio em julgados e precedentes das cortes brasileiras de aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), sobretudo do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, e pretende ampliar a discussão sobre a democracia no Brasil e o enfoque das garantias dos direitos humanos via Convenção e sua aplicabilidade. O objetivo é demonstrar que existem mecanismos mínimos de controle de convencionalidade no Brasil, mas que há de ser aperfeiçoado para se alcançar o status do chamado Estado democrático de direito.

PALAVRAS-CHAVE: direito constitucional; democracia; Convenção Americana de Direitos Humanos; Pacto de São José da Costa Rica; controle de convencionalidade.

ABSTRACT: This article will analyze the existing internal conventionality control in Brazil, based on judgments and precedents of the Brazilian courts of application of the American Convention on Human Rights (Pact of San José of Costa Rica), especially the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court. The discussion on democracy in Brazil and the focus on human rights guarantees via the Convention and its applicability. The objective is to demonstrate that there are minimum mechanisms of control of conventionality in Brazil, but that must be perfected to achieve the status of the so-called Democratic rule of law.

KEYWORDS: constitutional law; democracy; American Convention on Human Rights; Pact of San Jose da Costa Rica; control of conventionality; democratic rule of law.

[*] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Coordenador do Curso de Graduação da Universidade Nove de Julho (UNINOVE), São Paulo/SP/Brasil.

[**] Pós-doutor pela UNINOVE. Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor da Unicesumar – Centro Universitário de Maringá (Maringá/PR/Brasil).

1. Introdução

A Convenção Americana de Direitos Humanos (sigla CADH, também denominada Pacto de São José da Costa Rica) regula fortemente os parâmetros internacionais de tutela e promoção dos direitos humanos na América Latina. Essa é a tendência do novo constitucionalismo na América Latina, mas que, por vezes, atende aspectos meramente formais, dando uma suposta aparência progressiva, quando, de fato, oprime movimentos de resistência em pleno pós-modernismo e representa uma forte crítica à teoria hegemônica liberal. Críticos pós-modernos, como o filósofo colombiano Estanislao Zuleta (1994, p. 15), são baseados substancialmente em argumentos que lembram a falta de legitimidade democrática e o caráter elitista da justiça constitucional dos direitos humanos, concluindo por um discurso não hegemônico desses direitos.

O Brasil, por sua vez, depositou a carta de adesão a essa Convenção em 25 de setembro de 1992 e, no mesmo ano, foi promulgada como lei cogente por Decreto Presidencial n. 678/1992, entrando em vigência em 09.11.1992, sendo vinculante o seu cumprimento integral. Nesse sentido que os poderes constituídos exercem um papel fundamental no controle de aplicação da convenção, seja no âmbito do legislativo, executivo ou judiciário. A esse controle de aplicação da CADH no âmbito de um Estado soberano cunhou-se chamar *controle de convencionalidade*, como forma de garantir a efetividade dos direitos humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) é praticamente aplicável na íntegra no Brasil, vez que a ressalva do art. 43 apenas afeta aspecto procedimental no trâmite de informações, reservadas ou não, que devam ter acesso a Comissão competente para processar e julgar denúncias ou queixas de violação da Convenção por um Estado-Parte, haja vista sua função precípua de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, formulando, dentre outros, recomendações ao governo do Estado-Membro demandado (arts. 41 e 43 da CADH).

Mas será que no Brasil a CADH vem sendo aplicada na extensão de suas potencialidades garantistas? Ainda, no Brasil há controle de convencionalidade em

mecanismos suficientes para atingimento de seus objetivos? Se positiva a resposta, esse controle tem sido efetivo para garantia dos direitos humanos? Qual o papel da Corte IDH na responsabilização do Estado Brasileiro pelo eventual não cumprimento da CADH? Essas são indagações que pretendemos enfrentar nesse escrito.

Para responder a tais indagações, por meio do método hipotético-dedutivo e com aporte na pesquisa dogmática e histórica, o presente trabalho busca demonstrar que houveram avanços significativos, que o governo brasileiro atual rompeu com a tradição antiga de impunidade, mas que ainda há muito que se caminhar e aprimorar no campo do controle de convencionalidade. Aliás, esse tipo de controle, se bem executado, acaba por desempenhar papel extraordinário na participação democrática e na garantia dos direitos humanos.

2. Linguagem e os direitos humanos como diretriz na Constituição de 1988 e sua reafirmação na Convenção Americana de Direitos Humanos, com reflexos após sentença do CADH

É a linguagem um dos principais meios, sendo, por consequência lógica, um dos principais instrumentos para a efetivação da civilização da espécie humana, tendo em vista que, por intermédio dela, o homem consegue expressar as ideias que influenciam o contexto social e político no qual o indivíduo está inserido, incluindo-se aí as políticas públicas para defesa dos direitos humanos.

Nesse contexto, as decisões judiciais e as leis, em especial, são constituídas de um corpo de linguagem particular, caracterizado pela emissão por autoridade competente. De fato, desde a Antiguidade até os tempos atuais, a linguagem é o mecanismo utilizado pelo homem para o aprimoramento de suas relações interpessoais, com esteio nas lições de Hans Georg Gadamer (2002, p. 182):

> *A linguagem é, pois, o centro do ser humano, quando considerado no âmbito que só ela consegue preencher: o âmbito da convivência humana, o âmbito do entendimento, do consenso crescente tão indispensável à vida humana como o ar que respiramos. Realmente o homem é o ser que possui linguagem segundo a afirmação de Aristóteles. Tudo que é humano deve ser dito entre nós.*

Assim, a linguagem é o instrumento de interação entre os indivíduos, utilizado pelo homem para vincular suas relações, convencer seu auditório, desde que queira persuadir e o auditório ouvir, pouco importando a validade do argumento, valendo-se fundamentalmente para obrigar o outro e obrigar-se, na linha do que afirmou Chaim Perelman (2000, p. 180):

> *A eficácia da argumentação, o fato de exercer sobre o auditório uma influência de maior ou menor importância, depende não apenas do efeito dos argumentos isolados, mas também da totalidade do discurso, da interação entre argumentos entre si, dos argumentos que acodem espontaneamente ao espírito de quem ouve o discurso. O efeito do discurso é condicionado notadamente pela ideia que o auditório faz do orador.*

Assim, o direito constitucional positivo brasileiro experimentou grande avanço na redemocratização e aparelhamento na defesa dos direitos humanos, utilizando a velha forma do corpo de linguagem para expedir normas capazes de impulsionar uma guinada de características garantistas. Então, com a redação do inciso II do artigo 4.º da Constituição Federal de 1988, abriu-se a positivação estatuída no *princípio da prevalência dos direitos humanos*, após o alijamento no período ditatorial, e consequentemente houve a reinserção do Brasil no cenário do direito internacional.

> *É cediço que a partir do final da década de 1970 se viu o declínio dos regimes ditatoriais, que era avesso aos direitos humanos, com grande impulso na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, alcançando efetividade na passagem para os regimes democráticos, gradativamente, na década seguinte, abrangendo a Argentina, o Brasil, o Chile e o Uruguai. O surgimento de um novo constitucionalismo no sistema interamericano, por meio dos movimentos sociais e melhor aparelhamento da Justiça, acabou por se legitimar como importante instrumento para a garantia legislativa dos direitos humanos no contexto regional. Consequentemente, têm-se o fortalecimento das instituições democráticas com a atuação do Ministério Público, Defensoria e demais entidades encarregadas do combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis. Vale ressaltar que na década seguinte, mais precisamente no ano de 1988, foi promulgada no Brasil sua atual Constituição, denominada por alguns de Constituição Cidadã (BEZERRA; SOARES, 2016, p. 455).*

Posteriormente, em 1992, o Brasil passa a ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Já em 2002, dez anos após, o Brasil aderiu, por meio do Decreto n. 4.316, de 30 de junho, ao Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, reconhecendo a competência do Comitê para receber petições de vítimas de violações de direitos protegidos pela Convenção. Ainda, o Brasil prosseguiu também com o reconhecimento da competência do Comitê para Eliminação de todas as formas de discriminação Racial, consubstanciado no Decreto n. 4.738, de 12 de junho de 2003. O mesmo aconteceu com o reconhecimento da competência do Comitê sobre Tortura para receber petições das vítimas e, ato contínuo, houve a adoção do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (Decreto n. 6.085, de 19 de abril de 2007).

Ainda, em 2009 o Brasil reconheceu a competência do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência para receber petição de vítimas de direitos humanos violados (Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009). No mesmo ano aderiu ao Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, reconhecendo o respectivo Comitê de Direitos Humanos com competência para receber petições de vítimas de violações de direitos protegidos pela Convenção (Decreto Legislativo n. 311, de 17 de junho de 2009).

Essa é a linguagem que obriga a todos: a lei, seja fruto de produção genuinamente interna ou em matriz internacional ratificada. E assim, como consequência do reconhecimento da legitimidade dos órgãos internacionais e adoção de todas essas regras internacionais que visam conferir direitos humanos, o Brasil deu um importante salto para sua realização, como, aliás, definiu André de Carvalho Ramos (2016, p. 82).

Há de se destacar que no Brasil fez-se verdadeira "interação entre o direito internacional e o direito interno", a bem dos beneficiários, os titulares de proteção como afirmou António Augusto Cançado Trindade (1993, p. 53). Saliente-se também que os avanços na esfera internacional – seja legislativo, como exemplo da IX Emenda Constitucional dos EUA, que influenciou definitivamente o texto da Constituição de Portugal de 1911, em seu art. 4.º, seja judiciário, com as decisões de Nuremberg e da recente decisão do caso Gomes Lund – passam a impulsionar maiores avanços

internos em um Estado, pois alterações profundas nas ordem internacional são tidas como pertencentes, de certo modo, às normas válidas no âmbito constitucional de cada país, ainda que "não constando do catálogo", para usar uma expressão de Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 79).

Portanto, vê-se claramente a linguagem traçada pela autoridade competente, seja em leis ou decisões judiciais, cunhando a vanguarda de melhores dias à luz das garantias dos direitos humanos. Todavia as sentenças da CADH não são verdadeiramente decisões judiciais, pois trata-se mais de uma recomendação do que um título capaz de uma imposição coercitiva. Nesse sentido, o Estado condenado possui certa flexibilidade para executar os comandos inseridos na sentença, em especial as medidas de reparação. Vejamos a lição de Andrés Rousset Siri (2016, p. 42):

> *Para o cumprimento de medias de reparação o Estado conta com certa flexibilidade para tais fins (seja porque a medida judicial pode alcançar qualquer dos Poderes do Estado ou de maneira conjunta – as chamadas medidas de duplo comando.*

Assim, forte na premissa que todo juiz nacional é um juiz comunitário/internacional (PEROTTI; GRANDE; CHACÓN, 2016, p. 233), ganha relevo a atuação do poder judiciário interno (Estado-Parte) para fazer prevalecer as orientações da CADH, efetivando o controle de convencionalidade, ou seja, aplicando a Convenção aos casos *sub judice* via processo nacional (interno) e também fazendo cumprir as orientações de sentenças internacionais, como as proferidas pela CADH.

3. Potencialidades garantistas

Na história recente, a CADH serviu de argumento para, por exemplo, retirar a possibilidade de prisão do depositário infiel da aplicação constitucional, recebendo interpretação conforme a Convenção sem redução de texto da Constituição Federal de 1988. Esse deve ser o papel do poder judiciário interno, reconhecendo e adequando a aplicação dos direitos fundamentais em alinhamento com o escopo internacional.

> *Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia (FERRAJOLI, 2004, p. 54).*

Nesse movimento jurisprudencial fixou-se a velha forma da subordinação do direito à estrita legalidade, ou seja, a subordinação de todos os atos (incluindo políticos) ao conteúdo dos direitos fundamentais que servem como fonte de legitimidade (ou deslegitimação). A reformulação do princípio da legalidade feita pelo autor italiano implica levar a sério o caráter normativo da Constituição:

> *Según esta nueva formulación del principio, sólo serán Estados de derecho aquellos modelos político-institucionales que incorporen normativamente una serie de límites os vínculos materiales, como condiciones de validez normativa, a las posibilidades de expresión del poder político (*FREIRE, *1997, p. 58).*

Trata-se de garantir os direitos individuais tradicionais e os direitos sociais, enquanto existe uma articulação mínima do Estado liberal com um Estado social máximo, adotando a lógica universalista e não seletiva ou particularista. Neste ponto, uma separação nítida em relação a mera legalidade *kelseniana* e falta de confronto com certos conteúdos materiais – Hans Kelsen (1998, p. 131-133).

Finalmente, o Estado de direito, particularmente a forma axiológica que o define como social-democrático, deve dar vasão e cumprimento aos direitos humanos. Nesse sentido, propõe-se a projetar o modelo de proteção globalmente reconhecido, não só com o objetivo de limitar o poder no campo da soberania externa dos estados, mas para fortalecer por meio de estrita legalidade sua própria legitimidade, como já vinha defendendo Habermas e Redondo Jiménez (1998, p. 42).

Na visão atual, o direito não comporta neutralidade em face de conflitos sociais, a vontade concreta da lei passa a expressar uma *vontade geral*, deixando de ser uma garantia contra o poder para se tornar apto a exercer o poder de forma eficaz, extirpando arbitrariedades e reposicionando o Estado como um membro global (FREIRE, 1997, p. 54).

Portanto, o garantismo como uma teoria geral do direito visa proporcionar noções formais a perceber os conceitos válidos como referência a qualquer sistema jurídico, pois seu significado lógico-global permanece inalterado, independentemente do ramo do direito a que se aplique (FREIRE, 1997, p. 20).

Daí, em termos epistemológicos, é possível visualizar uma maior proximidade entre o ser e o dever de ser. Entre as qualidades de um constitucionalismo moderno deve ser

notada na constituição a consagração e proteção dos direitos fundamentais, a organização do Estado, o sistema de freios e contrapesos, a democracia, a forma de Estado, os limites de presença do Estado e monopólio da força, também os mecanismos de participação e expressão dos cidadãos (WEBER, 2002, p. 63), qualidades que garantem a base mínima para a existência de uma democracia (GARGARELLA, 2004, p. 69).

Em suma, a par das teorizações do ponto de vista interno da lei, pode-se entender por garantismo um modelo de direito e Estado de direito que supera e vai além do Estado legislativo, atuando no Estado em crise, propondo alternativas para garantir os direitos individuais tradicionais e os direitos sociais, antigos e novos, sem prejuízo dos direitos fundamentais de toda a coletividade.

4. Convencionalidade no Brasil: controle interno nas decisões emanadas pelo poder judiciário

O controle de convencionalidade pode ser exercido no âmbito interno, dentro do Estado-Membro, por seus poderes constituídos. Também pode ser efetivado um controle externo, com o acesso às cortes internacionais. Neste tópico trataremos do controle de convencionalidade interno, exercido pelo poder judiciário no Brasil.

Assim, no Brasil há controle de convencionalidade em alguns casos individuais, mas há mecanismos políticos e decisórios que atuam para contrariar a orientação dos órgãos internacionais, na contramão do universalismo (SANTOS, 2009, p. 313). Assim, em ocorrendo essa anomalia, o controle de convencionalidade pode ser efetuado na esfera internacional, tal como destacou André Carvalho Ramos (2016, p. 23):

> *Como consequência da aceitação da interpretação internacional dos direitos humanos, o Brasil deu um importante passo rumo à realização do universalismo. No âmbito nacional, os juízes e os tribunais interpretam regularmente os tratados de direitos humanos. Se a interpretação nacional dos tratados de direitos humanos for incompatível com a interpretação internacional, os organismos internacionais de direitos humanos podem ser acionados para exercer o controle da convencionalidade. É indispensável conciliar os resultados do controle nacional da convencionalidade com o controle internacional da convencionalidade*[1].

[1] Texto original em inglês: as a consequence of accepting the international interpretation of human

Juízes de primeira instância, tanto na esfera estadual como federal, bem como tribunais regionais federais e os de segunda instância no âmbito dos estados federados, tem efetuado o controle difuso em situações pontuais, aplicando ou afastando as convenções internacionais de direitos humanos[2].

O Superior Tribunal de Justiça, corte máxima em matéria infraconsticional no Brasil, tem enfrentado o tema em ações individuais, por vezes gerando súmula para orientar julgamentos futuros, a teor da Súmula 419/STJ: descabe a prisão civil do depositário judicial infiel (DJe 11/03/2010). Também o Superior Tribunal de Justiça, em reformulação do sistema de precedentes, pronunciou-se sobre o mesmo tema no recurso repetitivo de recurso especial n. 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, julgado em 02/12/2009, decidindo pela inadmissibilidade da prisão civil do depositário infiel, seja depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Esse julgamento no regime dos recursos repetitivos foi assim ementado:

> *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu art. 7.º, § 7.º, vedou a prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese do devedor de alimentos. Contudo, a jurisprudência pátria sempre direcionou-se no sentido da constitucionalidade do art. 5.º, LXVII, da Carta de 1988, o qual prevê expressamente a prisão do depositário infiel. [Contudo...] a edição da EC 45/2.004 acresceu ao art. 5.º da CF/1988 o § 3.º, dispondo que "Os tratados e convenções internacionais sobre di-*

---

rights, Brazil took an important step towards the realization of the universalism. At the national level, judges and courts regularly interpret human rights treaties. If the national interpretation of human rights treaties in incompatible with the international interpretation, the international human rights bodies can be triggered to exercise control of conventionality. It is indispensable to reconcile the results of national control of conventionality with international control of conventionality.

[2] Vejamos alguns exemplos de ementas selecionadas: (1) O crime de tortura é crime próprio, somente praticável por agente público. Ao dispor de forma contrária, a Lei n.º 9.455 /97 não observou a restrição presente em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, decorrendo daí a sua inconstitucionalidade (TJ-MG - Apelação n. 1.0049.05.009048-6/001(1), Relator: Paulo Cézar Dias, publicação: 12/03/2009); (2) A prisão civil do depositário infiel, decorrente de contrato de alienação fiduciária, não subsiste em face dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Precedentes do STF. 2. Afronta o princípio da proporcionalidade a prisão do devedor quando existentes outros meios executórios para satisfação do direito de crédito (TJ-MA - Apelação Cível n. 65722009, Relator: Paulo Sérgio Velten Pereira, publicação: 28/10/2009); (3) Prevalência dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Caráter supralegal. Preponderância sobre a legislação ordinária. Nova orientação do STF (TJ-DF - Apelação Cível n. 0020849-24.2000.807.0001 – Relator: Otávio Augusto, publicação: 26/08/2010).

> *reitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional ... serão equivalentes às emendas constitucionais", inaugurando novo panorama nos acordos internacionais relativos a direitos humanos em território nacional.*
>
> *Deveras, "a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva do pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, (art, 7.º, 7), ambos do ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas..., estando abaixo da constituição, porém acima da legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.*
>
> *Assim ocorreu com o art. 1287 do Código civil de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002)." (voto proferido pelo Ministro GILMAR MENDES... no Recurso Extraordinário n.º 466.343 - SP, da relatoria do Ministro CEZAR PELUSO).*

Reconheceu, assim, a supremacia dos tratados e convenções internacionais. Mas supremacia em face de qual posição na hierarquia das normas do ordenamento brasileiro? E mais, seria aplicável e suficiente para a solução, o princípio da norma mais favorável ao réu, tal como cogente no direito criminal? Então prossegue a ementa do mesmo julgado, vejamos:

> *A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista, e fundamento de todo o ordenamento jurídico, expressa, como vontade popular, que a República Federativa do Brasil... constitui-se em Estado democrático de direito e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária.*
>
> *O Pretório Excelso, realizando interpretação sistemática dos direitos humanos fundamentais, promoveu considerável mudança acerca do tema em foco, assegurando os valores supremos do texto magno. O Órgão Pleno da Excelsa Corte, por ocasião do histórico julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343 - SP, Relator Min. Cezar Peluso, reconheceu que os tratados de direitos humanos têm hierarquia superior à lei ordinária, ostentando status normativo supralegal, o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade, máxime em face do efeito paralisante dos referidos tratados em relação às normas infralegais autorizadoras da custódia do depositário infiel. Isso significa dizer que, no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que*

> *não se trata aqui de revogação, mas de invalidade. (...) HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7.º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (HC 96772, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009) - [outros precedentes] (...) 8. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.*

De fato, houve o reposicionamento do velho entendimento do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, em controle difuso no julgamento do recurso extraordinário n. 80.004, de 1 de junho de 1977, que firmava o entendimento de que os tratados internacionais e normas ordinárias possuem o mesmo valor, sendo que as antinomias eram solucionadas pela cronologia, especialidade e o critério hierárquico, como o são em todo conflito de norma de mesma hierarquia, excetuada a incompatibilidade com a Constituição Federal, que é reconhecidamente norma de hierarquia superior máxima dentro de um Estado soberano e se sobrepõe a todas as outras[3]. O reconhecimento da supralegalidade de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, com sobreposição às normas infraconstitucionais, somente

[3] Aqui tratamos de direito interno e dos países da América Latina. Há que ser ressalvada a situação de conflito em face da "Constituição Europeia" – resultante da união económica e política dos Estados-Membros da União Europeia (UE) – que goza de prevalência aplicativa relativamente às constituições dos Estados-Membros. Esse não é o caso dos países da América Latina.

veio com o julgamento do recurso extraordinário n. 466.343, de 3 de dezembro de 2008, em consonância com o art. 5.º da Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo 2.º, malgrado, como aponta Leandro Capeletti (2007, p. 153), a solução do parágrafo 3.º seja mais técnica, colocando-os em nível constitucional.

Portanto, não há como negar que haja um controle de convencionalidade no Brasil, quando os nossos magistrados e tribunais estão se pronunciando sobre a matéria. Todavia, a visão nem sempre é garantista. É, em verdade, quando se trata de caso que envolve os poderes políticos, de recusar a enfrentar o mérito, seja pela prescrição, seja pela falta de requisitos da ação. Então, não se pode afirmar que há no Brasil um efetivo controle de convencionalidade. Vale dizer, o Brasil é signatário de diversos tratados internacionais, pactos e convenções, mas não se pode garantir uma efetividade em sua aplicação.

5. Controle convencionalidade no Brasil e proposta para efetividade e garantia dos direitos humanos

Nesse tópico dois problemas se apresentam: o primeiro sobre o reconhecimento da Convenção Americana de Direitos Humanos como norma com o mesmo *status* constitucional, participando do núcleo duro dos direitos fundamentais, à luz do próprio art. 5º, § 3º, da CF/1988; o segundo, propiciar o enfrentamento das questões humanitárias pelo controle interno de convencionalidade, ainda que em tese, para que sirva de parâmetro para casos futuros e, em caso de interpretação errônea, propiciar que o respectivo Tribunal ou Comissão Internacional possa exercer o seu papel, nos moldes do que dispõe o art. 5.º, § 4.º, da CF/1988.[4]

Nesse segundo ponto também, deve-se, como já acontece no Brasil em casos de alta indagação e de repercussão geral, deixar de lado o formalismo exagerado,

[4] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 5.º - (...) § 3.º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (incluído pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004); § 4.º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

para se enfrentar o mérito da questão posta em julgamento. Ações representativas da controvérsia deveriam, como ocorre com os recursos repetitivos representativos no processo civil e, ainda que em sendo inadmissível processualmente, obterem seu julgamento no mérito por hipótese para que se tenha o julgamento como um todo, orientador dos demais casos. Segundo o que pensamos, uma Corte ou Tribunal não deve perder de vista seu papel na formação da jurisprudência para guiar casos futuros. Nesse sentir, o alcance da matéria de fundo é muito mais interessante e produtiva para o julgamento e para o sistema de precedentes, que barrar o processamento por algum pressuposto negativo ou positivo de natureza procedimental. Dever-se-ia aplicar aqui a instrumentalidade das formas.

Quanto ao primeiro ponto, sobre o reconhecimento da Convenção Americana de Direitos Humanos como norma com o mesmo *status* constitucional, nos parece que o povo deve ter participação decisiva como destinatário das garantias de direitos humanos. Não se deve alimentar um abismo entre o governo e os demais poderes estatais, em face do povo para o qual representam. Afinal, a democracia é uma relação complexa, é um processo, uma prática projetada e construída todos os dias; portanto, o povo, se ele realmente é o fundamento do poder e do Estado, não pode estar ausente nesse processo de construção de mecanismos de controle de convencionalidade. O povo não é uma entidade abstrata, mas aquele que legitima os fundamentos e a forma de fazer justiça.

Deve-se também ter um olhar atento para as manifestações das ruas e da expressão via Internet, esta última com mecanismos de validação das manifestações e coleta de dados, por exemplo, via certificação digital[5]. Nesse aspecto, facilita-se o diálogo do governo com as comunidades, atores sociais, membros de minorias e maiorias, compreendendo suas queixas e propostas, pautados pela norma

[5] Aliás, no Brasil se pensa em unificação da carteira de identidade do cidadão. O projeto de lei que cria o Registro Civil Nacional (RCN) da nova carteira de identidade que utiliza como número principal o CPF, inclui também a biometria, mas não se pensou ainda em políticas públicas para unificação também da identidade do cidadão no ambiente internético. O certificado digital é iniciativa elitizada. Há que se incluir nas políticas públicas o livre acesso da população à certificação digital. Isso facilitaria plebiscitos e consultas diretas, o exercício de uma democracia direta.

constitucional e sob regras de deliberação, trocando ideias, mas além disso, os direitos são conquistados sob um processo constante dada em condições de igualdade na arena política, atuando na construção coletiva da razão e do bem comum.

Portanto, o controle de convencionalidade será eficaz quando os intérpretes do direito passarem a "uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição", operando de forma inclusiva, levando-se em conta o povo e privilegiando o bem comum, na expressão cunhada por Peter Häberle (1997, p. 15-31).

6. Papel da Corte IDH na responsabilização do Estado brasileiro pelo eventual não cumprimento da CADH

Uma primeira constatação, como já exposto, é que a Corte Constitucional no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que os tratados e convenções internacionais têm força supralegal, abaixo da Constituição e acima das normas infraconstitucionais, posiciona o Brasil como um signatário de convenções, pactos e tratados internacionais, mas que se reserva o direito de não respeitar suas disposições, sempre que a interpretação der margem à assinala-la como inconstitucional. Assim, nesses moldes, não há, a rigor, a obrigatoriedade de cumprimento das decisões da Corte Americana de Direitos Humanos, como não há leitura cogente das determinações das respectivas Comissões dos tratados internacionais, prevalecendo a interpretação nacional dos direitos humanos determinada pelo Supremo Tribunal Federal.

A essa altura, já temos duas conclusões importantes: há uma inversão de hierarquia e importância da Corte Americana de Direitos Humanos em face do Supremo Tribunal Federal, como se inverteria essa noção em relação a qualquer outro Tribunal Internacional e, pior, somente o Supremo Tribunal Federal terá a última palavra (sobreposição do nacional); e, a derradeira, que as decisões dos órgãos internacionais são válidas se repetem o pensamento do STF, serão ineficazes e inválidas se contrariá-lo.

Nesse sentido, o artigo 78 da Convenção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dá o direito do Estado-Membro, no caso o Brasil, por meio de seu

governante (poder executivo) denunciar a Convenção. Mas a Convenção emanada por órgão internacional entrou para o ordenamento jurídico brasileiro por meio de decreto, com força normativa típica dos atos do poder legislativo.

Todavia, a denúncia, pura e simples ao Secretário-Geral da Organização não basta para retirar do sistema legal a norma já positivada, há que se ter presente o procedimento legislativo. No âmbito dos poderes delegados deve-se pensar na tipicidade do ato, quem promulga e quem revoga. Não se falaria em inconstitucionalidade, mas em ineficácia do ato que não revestido das formalidades precípuas, qual seja, as formalidades para revogação.

Ora, o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em havendo descumprimento das decisões da CIDH, deve ser aplicada multas e sanções ao Estado-Membro réu.

Comumente se tem dito que o Brasil não é mais o mesmo Estado de outrora, ditatorial. Agora é democrático e cumpridor dos seus deveres. Como o novo Governo nada tem com as barbáries perpetradas no passado, não deveria cumprir questões que ficaram no passado, não comportando sua responsabilização de modo a inibir o nefasto comprometimento do orçamento de um Estado que, em verdade, é outro, muito embora encravado no mesmo território e com a identidade populacional. Então se defenderia a impunidade com base na mudança de governo ou de regime? Não podemos concordar com essa falácia. O Estado atual e os governantes atuais herdam as dívidas do passado, o dever de reparação.

7. Conclusão

O governo brasileiro atual, como é forçoso reconhecer, de fato rompeu com a tradição antiga de impunidade quanto às violações de direitos humanos, admitindo a apuração e punição dos eventuais culpados, mas ainda há muito que se caminhar e aprimorar no campo do controle de convencionalidade. Um dos equívocos procedimentais é justamente o pensamento vigente no Supremo Tribunal Federal, que enforma todo o sistema judicial, de que as convenções internacionais sobre

direitos humanos estão na hierarquia das normas supralegais, abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias. Esse pensamento está na contramão das principais democracias globais, segundo as quais as convenções internacionais que rezam sobre direitos humanos têm status constitucional e, de certo modo, como uma constituição típica de uma comunidade internacional, acima mesmo da constituição interna de um Estado-membro.

A hierarquização supralegal dificulta e, em alguns casos, impede um maior controle de convencionalidade. Mas deve-se ter muita calma, operando-se com cautela as transformações necessárias. Notadamente, desesperançados com a "democracia, sempre frágil, sempre vulnerável, corruptível e frequentemente corrupta", há quem defenda no Brasil sua destruição para torna-la refeita em uma utópica perfeição, comportando-se tal "como as filhas de Pelia que cortaram em pedaços o velho pai para fazê-lo renascer" (BOBBIO, 1986, p. 14). Frise-se, não podemos nos render ao radicalismo, há que se ter presente que o caminho do controle de convencionalidade deve ser o do aperfeiçoamento e não da implosão do sistema existente.

Nesse sentido, fizemos aqui também o destaque de políticas públicas que devem ser consideradas para experimento de um maior avanço democrático, dentre elas a participação do povo com voz direta via Internet, verificável via certificado digital, possibilitando aos governantes saberem dos anseios do povo, com um grau de acerto mais rente à realidade. Isso favoreceria, em última análise, o próprio controle de convencionalidade ao sentimento de que o povo quer aumentar suas garantias quanto aos direitos humanos e o governo deve representar a maioria da população que assim deseja ver tais direitos reconhecidos. O país que tem as eleições eletrônicas, v.g. as apurações mais rápidas do planeta, terá em breve um sistema de identificação unificado do cidadão, ainda não conta com um sistema informatizado de plebiscito informal via Internet, para consultas a serem realizadas aos cidadãos pelos poderes constituídos e para validação de informações coletadas nas redes sociais.

Enfim, o governo se faz para o povo e pelo povo, em nome dele que deve ser exercido. Isso abrirá o caminho para que se quebre o velho paradigma de que a democracia, seja a atual ou a de outrora, mesmo nos primórdios, sempre foi, é e

continuará sendo o governo das elites, como apontado por Joseph Alois Schumpeter[6]. O controle de convencionalidade não foge dessa regra. No Brasil há que se quebrar a barreira dos conflitos entre os interesses dos poderes constituídos (elitizados) e o da população que clama por maior garantismo dos direitos humanos consolidados.

Referências

BEZERRA, Eudes Vitor; SOARES, Marcelo Negri. Regime autoritário ditatorial brasileiro da década de 1960 e violações de direitos humanos reconhecidas no caso Gomes Lund e outros desaparecidos na Guerrilha do Araguaia. In: *Estado, constitucionalismo e sociedade*: Conpedi Law Review: La Salle/Oñati, Espanha, e-ISSN: 2448-3931, DOI: 10.21902/clr.v2i2.278, v. 2, n. 2 p.453-474, Jan/Jun. 2016.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1986.

CAPELETTI, Leandro. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição n. 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos tratados. *Revista da AGU*, Brasília, N. 13, p. 153-176, 2007.

COUTO, Bonetti Couto; CUNHA, Alexandre Luna. Transformações do Estado, novos rumos para a tutela jurisdicional e a proteção aos direitos fundamentais: do legalismo ao ativismo. *Prima Facie*, v. 13, p. 01-20, 2017.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le pluralisme ordonné*. Paris: Seuil, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. *La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2004.

FREIRE, Antonio Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método.* II: complementos e índice. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

GARGARELLA, Roberto. Constitución y democracia. In S. Albanese; A. Dalla; R. Gargarella;

[6] O chamado governo pelo povo, diz Schumpeter, é uma ficção, fruto do arranjo institucional para se chegar a decisões políticas que realiza o bem comum fazendo o próprio povo decidir as questões através da eleição de indivíduos que devem reunir-se para realizar a vontade desse povo; o que existe, na verdade; é o governo aprovado pelo povo, o povo como tal nunca pode realmente governar ou dirigir (Schumpeter, 1984, p. 308-9).

A. Hernández & D. Sabsay (Orgs.). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Universidad. 2004.

HÄBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental"da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen; REDONDO, Manuel Jiménez. *Facticidad y validez:* sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y el Estado*. México: UNAM, 1988.

PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica:* nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PEROTTI, Alejandro Daniel; GRANDE, César Ernesto Salazar; CHACÓN, Enrique Napoleón Ulate. *Derecho y doctrina judicial comunitária – Corte Centroamericana de Justicia y gribunales supremos nacionales*. San José, C.R.: Editorial Jurídica Continental, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 5.ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica*. Para un nuevo sentido común en el Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio: Zahar. 1984.

SIRI, Andrés Rousset. Control de Convencionalidad sobre normas procesales convencionales. *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José/Costa Rica, n. 64, 2016.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Madrid: Fondo de Cultura Económica de España. 2002.

ZULETA, Estanislao. Elogio de la dificultad. In: *Elogio de la dificultad y otros ensayos*. Fundación Estanislao Zuleta: Cali, 1994.

O poder de modificação unilateral no contrato administrativo e seus limites

The power of unilateral modification in the administrative contract and its limits

Isa António*

RESUMO: No âmbito da execução de um contrato celebrado com parceiros privados, o poder do parceiro público que suscita maior problemática é o «ius variandi», sobretudo da perspetiva da igualdade inter partes e da estabilidade contratual. Este poder consubstancia-se na possibilidade de reconformação unilateral do conteúdo do contrato inicialmente celebrado, sem que haja negociação com o parceiro privado acerca das alterações ao clausulado. É por isso havido como um poder abusivo, com complexas implicações económico-financeiras, que obrigam à posterior celebração de acordos de reequilíbrio financeiro. Neste estudo debruçamo-nos sobre o alcance e limites legais impostos a este poder, delimitando-o doutras figuras.

PALAVRAS-CHAVE: modificação unilateral do contrato ou «ius variandi»; reequilíbrio financeiro; «fait du prince»; limites legais; contrato público.

ABSTRACT: The power of public partner, in a public contract, which raises controversy is the «ius variandi», from the perspective of equality between the parties and contractual stability. This power means that only the public partner as the possibility of reshaping the content of the contract originally concluded with the counterparty, without there being any negotiation regarding the changes to the clauses. Therefore, its considered an abusive power with complex economic and financial implications, such as subsequent conclusion of financial rebalancing agreements. In this study we examine the scope and legal limits imposed on this power, delimiting it from other figures.

KEYWORDS unilateral modification of the contract or «ius variandi»; financial rebalancing; «fait du prince»; legal limits; public contract.

* Doutora em Direito Administrativo. Professora Adjunta Convidada no Instituto Superior de Ciências Empresariais e do Turismo. Investigadora do IJP (Universidade Portucalense) e no CEDU - Centro de Estudos em Direito da União Europeia (UMinho).

1. Introdução

O presente estudo pertence à temática da "contratação pública", cujo regime legal é aplicável aos casos em que o Estado surge na veste de parceiro público e celebra determinado tipo de contrato com parceiros, quer pertencentes ao setor público, quer do setor privado (situação mais comum), com vista à concretização de um dado interesse público ou necessidade coletiva. *In casu*, vamos analisar o enquadramento jurídico do poder de modificação unilateral do contrato acionado pelo contraente público, o qual consta do catálogo de poderes do parceiro público previsto no Código dos Contratos Públicos.

Objetivos

O presente estudo tem por finalidade primacial proceder à análise legal – com recurso ao Código dos Contratos Públicos – do poder do parceiro público no âmbito dos contratos públicos celebrados com privados, denominado de *"poder de modificação unilateral do contrato"* (ou "*ius variandi*").

Esta análise destinar-se-á a averiguar qual o sentido, alcance e abrangência deste poder, bem como quais as circunstâncias em que o mesmo poderá ser acionado pelo parceiro público, sem olvidar a reflexão sobre os respetivos riscos económico-financeiros prestacionais e os perigos relativos à desigualdade introduzida *a posteriori* e à instabilidade contratual.

De igual modo, os limites legais ao recurso deste poder serão objetivo deste estudo. Para tanto, procederemos à necessária delimitação das figuras jurídicas afins, com vista à perceção plena do "*ius variandi*".

Metodologias

As metodologias utilizadas para a elaboração do presente estudo são duas: legal e doutrinal. A metodologia principal consiste na análise legal, com recurso ao

Código dos Contratos Públicos. A metodologia complementar do presente estudo foi o recurso às doutrinas dominantes na área da contratação pública, como forma de fundamentar as posições adotadas sobre diversos aspetos do escrutínio realizado ao "*ius variandi*".

2. Delimitação da figura

Quando falamos da modificação unilateral do contrato, reportamo-nos essencialmente às alterações das prestações contratuais exigíveis ao parceiro privado que são, pela sua natureza e superveniente onerosidade, exógenas à álea de risco inerente a todos os contratos, com que as partes tacitamente contam no momento da celebração do contrato.

Tratam-se, *in casu*, de vicissitudes e alterações que contendem com o princípio do *pacta sunt servanda*, colocando seriamente em risco a estabilidade e igualdade contratuais. Existem, pelo contrário, alterações típicas do decurso da execução contratual, compatíveis com a cláusula *rebus sic stantibus*, porquanto "as superveniências estão cobertas pelos riscos contratuais, não tendo a outra parte de arcar com os prejuízos que essa situação acarrete (…)" (LEITÃO, 2012, p. 6).

A modificação unilateral do contrato possui uma outra especificidade: apenas o parceiro público pode lançar mão desta prerrogativa, sendo certo, que terá de haver lugar à devida fundamentação.

Não se trata, portanto, de um mecanismo utilizável a bel-prazer por parte do contraente público. Pelo contrário, terá de se estribar dentro dos limites das necessidades coletivas para os quais foi celebrado o concreto contrato. Acresce, de outro modo, que a superveniência das alterações de facto ou de direito não poderá ser imputável a qualquer das partes (LEITÃO, 2012, p. 7).

A imprevisibilidade dos eventos motivadores do poder do «*ius variandi*» constitui um elemento decisivo para a legitimidade e validade da sua imposição ao contraente privado.

Não pode o contraente público alterar as prestações exigíveis ao parceiro privado, unilateralmente, de modo arbitrário, por via de reponderação do interesse

público. É imperativo que a necessidade de proceder ao reajustamento contratual se revista de imprevisibilidade e de novidade até para o contraente público. Fora destes pressupostos, o contrato apenas pode ser modificado por acordo de ambos os contraentes ou por sentença judicial ou arbitral, sem desprimor de modificação contratual por via de ato administrativo do parceiro público, por razões atendíveis de interesse público, constantes no Código dos Contratos Públicos (doravante, CCP)[1].

O poder de modificação unilateral pertencente ao contraente público possui uma *dupla vertente* (ANTÓNIO, 2015*a,* p. 437).

Primeira vertente. Poderá versar sobre a alteração de uma ou mais cláusulas estipuladas no contrato inicial quanto ao conteúdo do mesmo.

Segunda vertente. A alteração poderá reportar-se ao modo de execução das prestações assumidas por ambas as partes. Pode a modificação incidir sobre uma ou mais prestações do contraente público, no sentido de atenuar a sua onerosidade, ou, pelo contrário, incidir sobre as prestações do contraente privado, tornando-as eventualmente mais onerosas. A condição jurídica indispensável é que essa modificação unilateral se prenda com "razões de interesse público" e que os direitos do contraente privado sejam salvaguardados.

Esta motivação tem de ser fundamentada e demonstrada, de modo objetivo da perspetiva do interesse público. Não basta que o contraente público invoque a urgência ou pertinência do interesse público. Mais que isso, terá de o comprovar, porquanto a finalidade do «*ius variandi*» é "adequar o contrato às mutações do interesse público verificadas em momento posterior à sua celebração, ou porque, entretanto, a realidade se modificou em virtude de necessidades novas" (SOUSA; MATOS, 2009, p. 143), ou ainda, porque se procedeu a uma reponderação das circunstâncias iniciais em que as partes fundaram a sua decisão de contratar ou de contratar naqueles moldes.

[1] Cfr. artigo 311.º, n.º 1 e n.º 2, Código dos Contratos Públicos.

2.1. Pressupostos

Atendendo à durabilidade normalmente longa dos contratos administrativos, às vicissitudes dos interesses públicos que se procuraram satisfazer com a celebração daqueles é natural que surjam modificações nas circunstâncias que conduziram à necessidade de contratualizar.

O «*ius variandi*» ou poder de «modificação unilateral» do contrato consiste na possibilidade que a Administração possui de, sem necessidade de acordo por parte do seu parceiro privado ou de intervenção judicial, proceder à modificação das cláusulas relativas ao conteúdo ou ao modo de execução[2] das prestações acordadas, por razões de «interesse público», nos termos dos artigos 311.º, n.º 2 e 312.º, com os limites estabelecidos no artigo 313.º.

Nos termos do artigo 311.º, n.º 2, apenas é possível a modificação unilateral do contrato por parte do parceiro público, o Estado, quando para o efeito, haja ponderosas razões de «interesse público». Deste modo, a modificação por alteração das circunstâncias encontra-se excluída da esfera de autotutela administrativa, apenas podendo resultar de contrato modificativo ou de decisão judicial ou arbitral, nos termos da alínea a), do n.º 1, do artigo 311.º, do CPP.

A finalidade desta prerrogativa é adequar o contrato às mutações do «interesse público» verificadas em momento posterior ao da respetiva celebração, de acordo com o disposto na alínea b), do artigo 312.º, CCP: «(…) decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes».

No entanto, importa salientar que não são apenas as circunstâncias anormais ou imprevisíveis que geram na esfera jurídica do contraente público o poder-dever de modificação unilateral do contrato, mas também situações que, sendo normais ou previsíveis, por razões de fundado interesse público, justifiquem o recurso a esta prerrogativa.

---

[2] Sobre a questão pertinente que se prende com os «trabalhos a mais» e o poder de modificação, no âmbito dos contratos de empreitada de obras públicas, e, em particular sobre a «teoria da imprevisão no Código dos Contratos Públicos», *vide* MARTINS, 2010, pp. 59 a 118.

Encontrando-se perfeito o contrato, a entidade pública contratante apenas poderá introduzir modificações no mesmo, com o cumprimento estrito e rigoroso dos seguintes requisitos formais e materiais: (a) que haja fortes razões de «interesse público»; (b) que o contrato se modifique para atender a causas imprevistas, justificando devidamente a necessidade do exercício deste poder; (c) que a modificação afete as condições essenciais do contrato; (d) que tanto a possibilidade de que o contrato seja modificado, assim como as condições em que as modificações sejam introduzidas se encontrem nas peças e nas cláusulas do contrato; (e) que as modificações do contrato, tal como o contrato inicial, devem formalizar-se em documento escrito; (f) que as modificações terão de ser comunicadas ao Tribunal de Contas, órgão externo, independente, dotado de soberania.

3. Distinção entre o «*ius variandi*» e o «*fait du prince*»

A figura jurídica do «*ius variandi*» distancia-se, a nosso ver, do instituto do «*fait du prince*» (ou «*factum principis*»)[3], desde logo, no que respeita à sua estrutura, em termos diversos, pese embora para Autores como MARCELLO CAETANO, ambos são conceitos correspondentes à prerrogativa administrativa exorbitante «de introduzir unilateralmente certas modificações no regime das prestações a fazer pelos particulares a quem esteja vinculada por contrato administrativo».

De outro passo, MARIA JOÃO ESTORNINHO salienta o facto de «a maioria dos autores ter (…) reconhecido à Administração este direito – considerado mesmo como a sua prerrogativa exorbitante por excelência – de alterar as prestações devidas pelo contraente particular, de forma a adaptá-las à melhor prossecução do interesse público visado no contrato».

Aquela distinção opera-se, a nosso ver numa vertente funcional, material e teleológica.

Em termos funcionais, o primeiro (modificação unilateral do contrato) pressupõe a prática de um ato dimanado do próprio exercício administrativo, ainda

[3] *Vide* neste sentido ANTÓNIO, 2015*a*, p. 451 e ss.;.2015*b*, p. 7 e ss.; PINTO, 2012.

que se apresente sob a forma e com força de lei. Por seu turno, o segundo («facto do príncipe»), não deriva sempre de um ato emanado de uma autoridade administrativa podendo, contudo, resultar de um ato praticado por outra função estadual.

No que diz respeito à vertente material, o «*ius variandi*» supõe sempre um ato individual concreto, tendo por objeto uma dada categoria circunscrita de situações, assim como, um sujeito ou, pelo menos, um conjunto determinável de sujeitos. O «*fait du prince*» poderá, eventualmente, resultar de um ato genérico.

Em termos teleológicos, o «*ius variandi*» pretende afetar o conteúdo e o cerne do contrato, adaptando-o à transmutação, reconformação ou superveniência do interesse público.

O instituto do «*fait du prince*» tem como desiderato a satisfação de outros interesses gerais ou particulares, dando resposta a solicitações e aspirações de outra ordem, somente afetando o objeto contratual de modo indireto.

O «*ius variandi*» acarreta diretamente uma alteração contratual, ao passo que o «*factum principis*» conduz à modificação contratual, mas somente de um modo indireto ou reflexo.

O «*ius variandi*» afasta-se do «*factum principis*», no que concerne ao seu regime jurídico, devido à sua maior limitação de utilização quando comparado com o segundo, pois «não é possibilidade constante de todos os contratos da Administração»[4].

3.1. A «alteração anormal das circunstâncias»

O poder de modificação unilateral do contrato pertencente ao parceiro público da relação jurídico-contratual administrativa, aparece juridicamente associado a um instituto jurídico dele autónomo e que dele se distingue, denominado de «*alteração anormal das circunstâncias*»[5 - 6], o qual por seu turno, suscita sérias questões concernentes à reposição do «equilíbrio financeiro» do contrato.

---

[4] *Vide,* de modo mais desenvolvido, ANTÓNIO, 2015*a*, p. 451 e ss.; PINTO, 2012; e *vide* FREITAS, 2007, pp. 116 e 117.

[5] Neste sentido*, vide* FREITAS, 2007, pp. 116 e 117. Veja-se ainda a obra de ESTORNINHO*,* 2003, pp. 130 a 137; 2006, p. 444 e ss.

[6] A respeito das alterações das peças do procedimento após o termo do prazo fixado para a apresentação das propostas dos candidatos, devidas a circunstâncias imprevistas, *vide* SÁNCHEZ, 2017, p. 103 e ss.

Como salienta MARIA JOÃO ESTORNINHO, acerca da necessidade de manter o *status quo* financeiro e a estabilidade contratual, «o reconhecimento de um direito à estabilidade do contrato justifica que a lei obrigue a entidade pública contratante a repor o equilíbrio financeiro do contrato, protegendo não apenas os interesses económicos do contratante particular, mas também o seu interesse à estabilidade do contrato, o que se traduz na imposição de limites e condições ao exercício de tais poderes» (ESTORNINHO*,* 2006, pp. 455 e 459).

A distinção entre ambos os institutos merece-nos particular relevância, visto que é passível de gerar *alguma confusão* (FREITAS, 2007, p. 116) mormente no que respeita ao fundamento do «*ius variandi*», o que se explica pelo facto de um dos principais motivos para o exercício deste poder reconduzir-se a uma alteração (significativa) de circunstâncias em que ambas as partes fundaram a sua decisão de contratar e/ou de contratar naqueles termos concretos.

A distinção entre o «*ius variandi*» e a alteração anormal das circunstâncias faz-se essencialmente em três níveis ou planos: a) fundamentos; b) estrutura; c) efeitos.

O fundamento do «*ius variandi*» é, na vasta maioria das situações, o interesse público e em termos de estrutura, pressupõe sempre a prática de um ato jurídico-público («(…) permite à entidade pública contratante, enquanto parte do contrato, com fundamento na lei e mediante sujeição a limites e contrapartidas, modificar as prestações contratuais, procurando *adaptá-las a novas exigências do interesse público*») (ESTORNINHO*,* 2006, p. 457). Por sua vez, a alteração das circunstâncias funciona de modo direto, sem ser necessária qualquer mediatização para a produção dos seus efeitos jurídicos.

A alteração das circunstâncias constitui, em si mesmo, um instituto autónomo e de acordo com LOURENÇO VILHENA DE FREITAS, «o ato de modificação unilateral (inserido no poder administrativo) visa, apenas, de forma vinculada e não discricionária, plasmar as exigências jurídicas resultantes da aplicação do instituto da alteração das circunstâncias ao contrato administrativo e não prosseguir autonomamente qualquer interesse público ou outros princípios administrativos. (…) a alteração das circunstâncias pode derivar, ainda, da prática de um acto jurídico-público (…)» (FREITAS, 2007, p. 117; ESTORNINHO*,* 2003. p. 130 e ss).

No tocante à matéria dos efeitos jurídicos, ao passo que o «*ius variandi*» pode ter eficácia inovatória acerca do objeto do contrato, ou seja, do seu conteúdo ou clausulado, já a alteração das circunstâncias tem por finalidade contribuir para a conformação da realidade contratual à superveniência de novas circunstâncias[7], apesar de poder existir alguma margem de livre apreciação por parte do parceiro público.

As partes, ao celebrar um dado contrato destinado a vigorar na ordem jurídica a longo prazo, conformam-se tácita e voluntariamente às respetivas vicissitudes que são passíveis de surgir no decurso da execução do mesmo.

Na vida contratual, o nível de risco existente e a álea que envolve a celebração do contrato, é livre e voluntariamente assumida pelas partes que o procuram, que o subscrevem.

Qualquer alteração das circunstâncias pode, com base em consenso das partes, encontrar «ajustamento» no clausulado contratual, desde logo porque «as partes podem prever alterações de circunstâncias e estipular para tal eventualidade» (CORDEIRO, 2007, pp. 65 e 66).

Em caso de não previsão por parte das partes, de cláusulas sobre uma eventual alteração de circunstâncias ou essa previsão seja dúbia, impor-se-á uma «interpretação» do contrato de modo a suprimir essa concreta lacuna. Segundo a posição defendida por MARIA JOÃO ESTORNINHO:

> *(…) nem tudo num contrato pode ser alterado pela Administração, a seu bel-prazer, e que qualquer modificação exige como contrapartida a reposição do equilíbrio financeiro do contrato (…) (ESTORNINHO, 2003, pp. 134 e 135; 2006, pp. 46 a 49).*

Importa ainda clarificar que não estamos perante o «*ius variandi*» em diversas situações, como nomeadamente: a) quando o próprio poder de modificação unilateral encontra-se expressamente consagrado a favor da Administração*, ab initio*, no próprio contrato ou em norma que lhe seja aplicável; b) quando deriva da própria vontade

[7]A respeito da alteração das circunstâncias *vide* as considerações tecidas por: LEITÃO, 2012. pp. 3-8; 24-25.

das partes, mediante a celebração de um acordo posterior adicional ou suplemento ao próprio contrato; c) quando as partes convencionam, de sua livre iniciativa, a extinção e/ou modificação do contrato mediante a verificação de certas condições ou ocorrência de determinadas situações, onde se preveja a automática modificação do contrato (ESTORNINHO, 2003, p. 135; 2006, pp. 46 a 49).

A questão sobre a «alteração anormal das circunstâncias» coloca-se quando as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração significativa e anormal, «imprevisível» a ambas as partes, e não se encontram a coberto da «álea» dos riscos normais do contrato. E, neste contexto, a obrigatoriedade na manutenção do contrato, permanecendo as partes vinculadas às obrigações inicialmente assumidas, representa, manifestamente, uma violação intolerável dos princípios de boa-fé e de proporcionalidade (SOUSA; MATOS, 2009, pp. 154 e 155).

4. Os principais limites legais ao «*ius variandi*»

Existem três limites fundamentais a que o exercício do "*ius variandi*» tem de se conformar para que possa ser legítimo e legal. Citando MARCELO REBELO DE SOUSA e ANDRÉ SALGADO MATOS, este poder é, a par do poder de resolução unilateral, «aquele que mais frontalmente põe em causa a estabilidade contratual, pelo que a lei rodeia o seu exercício de algumas cautelas, traduzidas na imposição de três importantes limites: o núcleo essencial do contrato, o respeito da concorrência e o equilíbrio financeiro do contrato» (SOUSA; MATOS, 2009, p. 144; ANDRADE, 2010).

Primeiro limite. Núcleo essencial do contrato.

Decorre do artigo 313.º, n.º 1, 1.ª parte, CCP: «a modificação não pode conduzir à alteração das prestações principais abrangidas pelo objeto do contrato». Constitui, limite absoluto, o núcleo essencial das prestações que corporizam o contrato ou o teor prestacional dos contraentes.

Não pode haver alterações tais que conduzam a um desvirtuamento contratual tal como inicialmente projetado e contratado. Nesta senda vai PEDRO GONÇALVES,

o qual defende que «por via do poder de modificação, a entidade pública não pode (…) impor ao seu contratante uma alteração que desfigure o tipo de contrato celebrado, convertendo-o num contrato de natureza diferente» (GONÇALVES, 2004, p. 108), em nome do *princípio da intangibilidade do objeto do contrato* (é objeto contratual a *coisa* a que o contrato concerne ou a própria *obrigação* contratualmente estipulada) (GONÇALVES, 2004, p. 108)[8].

Segundo limite. Respeito pela concorrência.

Decorre do artigo 313.º, n.º 1, 2.ª parte, CCP: «(…) nem configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência (…) relativamente à formação do contrato».

Nos termos do artigo 313.º, n.º 2, CCP o contraente público apenas poderá legitimamente exercer este direito quando demonstre de modo objetivo que, caso essa alteração tivesse constado do caderno de encargos, a ordenação das propostas avaliadas no procedimento de formação do contrato não seria alterada. Ou no caso em que a duração do vínculo contratual e do decurso do tempo justifique essa modificação.

Terceiro limite. Reposição do equilíbrio do contrato.

Encontra-se previsto no artigo 314.º, n.º 1, al. b), articulado com o artigo 282.º, n.º 5 e n.º 6, CCP. Este mecanismo consiste na "restauração da proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato, calculada em função do valor das prestações a que ambos os contraentes se vincularam e dos efeitos resultantes da modificação unilateral no valor dessas prestações" (artigo 282.º, n.º 5, CCP).

O respeito pelo equilíbrio financeiro do contrato não poderá colocar uma posição em situação mais favorável do que a que resultava do inicialmente estipulado no contrato.

Este limite veda a possibilidade de o contraente público modificar os pressupostos financeiros em que assentou o contrato e a decisão de as partes contratarem. Acresce que a reposição do equilíbrio do contrato não pode cobrir perdas que já decorriam desse equilíbrio ou que pertenciam à álea de risco contratual.

[8] *Vide*, ainda, de modo desenvolvido, ANTÓNIO, 2015*a*, p. 437 e ss.; ANTÓNIO, 2015*b*, p. 17 e ss.

Reporta-se ao dever de o contraente público indemnizar o contraente privado pelo sacrifício de direitos patrimoniais, pelo que produz efeitos desde a data em que o ato administrativo de modificação unilateral se torna operante na ordem jurídica (artigo 282.º, n.º 3, CCP), mas também pode traduzir-se na prorrogação do prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato, revisão de preços, entre outros.

O respeito pelo «equilíbrio financeiro» do contrato representa, na verdade, um condicionamento legal, mas não em termos absolutos (ANTÓNIO, 2015*b*, p. 19 e ss.).

No caso em que a modificação do contrato conduza a uma «variação do preço» do mesmo, então deverá reajustar-se a garantia que foi prestada pelo parceiro privado, para que assegure com a devida "proporção e adequação" o novo preço modificado. Do lado do parceiro público, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato implicará a necessidade de indemnizar o parceiro privado, em função das suas expectativas económico-financeiras frustradas (GONÇALVES, 2004, pp. 122 e 123; ANDRADE, 2010).

Com efeito, o parceiro público pode reestabelecer o «equilíbrio financeiro» originário do contrato, em conformidade com o disposto nos artigos 314º, n.º 1, alínea b) e 282º, do CCP. Este artigo deverá ser articulado com o preceito ínsito no artigo 282º, n.º 5, representando, conjuntamente, um «*mecanismo de reequilíbrio financeiro*», o qual consubstancia-se na restauração da proporção financeira em que assentou inicialmente o contrato, calculada em função do valor das prestações a que as partes se vincularam e dos efeitos resultantes da «modificação unilateral» no valor dessas mesmas prestações.

De acordo com PEDRO GONÇALVES, o reequilíbrio económico-financeiro deverá atender ao seguinte: a) nas situações em que o contrato se reveste de manifesta simplicidade, o contrato tem um preço estabelecido em função dos custos previstos (far-se-á a diferença entre o preço e os custos, sendo o resultado o valor de receita a ser auferido pelo parceiro privado); b) nas circunstâncias em que o parceiro público impõe uma modificação do contrato que conduz a um acréscimo dos custos inicialmente estimados, então o preço terá de ser aumentado de modo a garantir ao parceiro privado o mesmo nível de lucro que iria auferir, se a modificação não

tivesse lugar; c) existem situações revestidas de maior complexidade, traduzidas numa equação financeira inicial assenta na procura prevista dos serviços prestados pelo parceiro privado e em que a sua remuneração consiste, pelo menos, parcialmente em preços pagos pelos utilizadores, o contrato é então celebrado em conformidade com uma «*base de projecção de receitas e de custos*» (GONÇALVES, 2004, pp. 122 e 123; ANDRADE, 2010).

Importa atender ao disposto no n.º 6, do citado artigo 282.º, em nome da transparência e da concorrência, segundo o qual o «*mecanismo de reequilíbrio financeiro*» do contrato nunca poderá colocar qualquer das partes em situação mais vantajosa ou favorável do que aquela que resultava do equilíbrio financeiro inicialmente estabelecido entre as partes, aquando da celebração do contrato, nem cobrir eventuais perdas que já decorriam desse equilíbrio ou que eram inerentes à «álea de risco» próprio do contrato.

Deste modo, a Administração não pode atribuir ao seu parceiro privado uma compensação superior ao valor estabelecido no contrato originário.

Por seu turno, o n.º 2, do citado artigo 282.º, refere que o cocontratante privado apenas tem direito à reposição do «equilíbrio financeiro» na circunstância em que, atendendo à repartição do risco entre as partes, o facto invocado como fundamento desse direito altere os pressupostos face aos quais aquele cocontratante determinou o valor das prestações a que se vinculou, conquanto que o parceiro público conhecesse ou não devesse ignorar esses mesmos pressupostos. Por outro lado, para assegurar a prossecução do «interesse público» é suficiente que a alteração dos pressupostos fosse objetivamente comprovável.

De acordo com o legalmente estipulado no artigo 282.º, n.º 3, a reposição do equilíbrio financeiro do contrato poderá ser alcançado mediante um reescalonamento do prazo para a concretização das prestações a cargo do parceiro privado, ou seja, poderá ser prorrogado o prazo de execução das prestações ou de vigência do contrato (LEITÃO, 2012, pp. 12 -16).

Para além desta hipótese, também os preços poderão ser objeto de revisão, bem como, ser estabelecida a assunção da parte do contraente público, do dever de prestar

à contraparte privada o valor correspondente ao decréscimo das receitas esperadas ou ao agravamento dos encargos previstos com a execução do contrato ou por qualquer outro meio contratualmente estipulado.

Este montante traduz-se numa indemnização pelo sacrifício de direitos patrimoniais privados, pelo que produz efeitos desde a data em que o ato administrativo de modificação unilateral se torna eficaz, sem prejuízo de poder ser parcialmente diferida quanto a efeitos específicos que não sejam suscetíveis de razoável avaliação imediata ou sobre cuja existência, incidência ou quantificação não haja concordância entre as partes, em conformidade com o disposto no n.º 4, do artigo 282.º.

No que concerne em especial à «modificação unilateral» dos contratos de Parceria Público-Privada, temos o preceituado no artigo 340.º, do CPP[9], tendo o intérprete da lei, ter de averiguar as especificidades de cada contrato elencado no CCP, para uma correta e adequação aplicação dos poderes do parceiro público.

MARIA JOÃO ESTORNINHO refere duas vias possíveis para condicionar o poder de modificação unilateral, tornando-o mais flexível aos casos concretos: a) operar a distinção entre cláusulas modificáveis e cláusulas imodificáveis em qualquer contrato administrativo; b) afirmar que qualquer modificação é admissível, conquanto que não afete o próprio núcleo contratual (o objeto do contrato).

5. O dever de compensação ao parceiro privado

O «*ius variandi*» não pode ser visto como um *poder ilimitado e sem compensações* (ESTORNINHO, 2003; 2006, p. 133), devendo ser estribado dentro de condicionantes legais e contratuais rigorosos, sob pena de ser desvirtuada a ideia de contrato que tem por base um consenso entre partes.

Perante o acionar da modificação unilateral do contrato por parte do parceiro

[9] Artigo 340.º, n.º 2, do CCP - «A modificação do contrato que configure uma parceria público-privada depende de decisão conjunta dos ministros ou dos membros do Governo Regional responsáveis pelas áreas das finanças e da tutela sectorial»; n.º 3 - «No âmbito da administração indirecta do Estado ou das Regiões Autónomas, a decisão de modificação depende de parecer favorável do ministro ou do membro do Governo Regional da tutela sectorial».

público, são reconhecidos ao parceiro privado vários direitos e outros mecanismos legais (FREITAS, 2007, p. 305 e ss.)[10], que se traduzem, no fundo, como uma forma de *compensação económica* em virtude do *agravamento da onerosidade das suas prestações.*

Na verdade, de acordo com a posição preconizada por PEDRO GONÇALVES:

> *(…) ao impor a modificação ou rescisão do contrato, a entidade pública frustra as expectativas económico-financeiras do seu contratante. Terá por isso de o indemnizar. (…) a entidade pública fica obrigada a repor a equação económico-financeira em que todo o contrato está baseado (GONÇALVES, 2004, pp.122 e 123; ANDRADE, 2010, sublinhado nosso).*

A modificação unilateral do contrato origina, em consequência, alterações relativamente àquela base resultando uma redução as receitas expectáveis ou um incremento de custos previstos, o parceiro público fica obrigado a indemnizar o «desvio» por si causado com essa modificação contratual imposta unilateralmente.

Podemos retirar do regime legal ínsito no CCP, as seguintes consequências jurídicas a ter aplicação em «crescendo»: (a) o contrato pode manter-se em vigor, através do adequado pagamento de uma compensação financeira à parte prejudicada segundo critérios de equidade, nos termos do artigo 314.º, n.º 2; (b) o contrato pode ser modificado, em conformidade com o disposto no artigo 312.º, alínea a); (c) o contrato pode ser resolvido, nos termos do artigo 332.º, n.º 1, alínea a) e 335.º, n.º 1, do CCP.

No que concerne às consequências resultantes do exercício do poder de modificação unilateral, o artigo 314.º, n.º 1, CCP contempla o direito do contraente privado à reposição do equilíbrio contratual quando aquele haja sido fundamentado em circunstâncias anormais ou imprevisíveis ou ainda em razões de interesse público. No entanto, nos termos do n.º 2 do citado preceito, é trazido à colação o *critério da equidade para efeitos de compensação financeira ao privado ou no âmbito de alteração do contrato.*

[10] Neste sentido, cfr. acórdão do Tribunal Central Administrativo do Norte, proc. n.º 00549/12.2BEAVR, datado de 15-05-2014, Relator Antero Pires Salvador; *vide* ainda o Relatório n.º 1/2015 – 1.ª s auditorias, do Tribunal de Contas, p. 35 e ss. http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2015/1s/audit-dgtc-rel001-2015-1s.pdf . Acesso em 20-05-2017.

6. Considerações finais

De todos os poderes do parceiro público no âmbito contratual, o poder do «*ius variandi*» é o que suscita maior controvérsia[11], em virtude do risco inculcado nos princípios de «estabilidade contratual», «*pacta sunt servanda*», boa-fé, igualdade, bem como, do risco de frustração das «legítimas expectativas da contraparte» (ANTÓNIO, 2015*b*, pp. 22 e ss.) criadas ao longo das negociações preliminares e no momento da celebração do contrato.

A modificação unilateral do contrato possui a suscetibilidade de contender ou afetar elementos próprios do contrato, tais como, a própria noção do contrato estabelecido entre as partes, certeza jurídica e direitos dos parceiros privados, os quais justamente acreditaram na solidez e firmeza da base contratual.

Em nossa opinião, justifica-se o recurso a este poder, devido à exigência legal e constitucional que recai sobre o parceiro público de procurar a melhor solução para o interesse público no âmbito de execução do contrato público.

Verifica-se com alguma regularidade a necessidade de ajustar o conteúdo do contrato celebrado, num dado momento, a uma nova realidade ou novo *statu quo* não antecipado pelas partes.

A modificação unilateral do contrato nasce com o advento de uma "nova factualidade", a qual surge em pleno decurso da execução contratual, seja por virtude de mudanças da própria coletividade, seja porque o interesse público (necessidades coletivas) em que as partes fundaram a sua decisão de contratar alterou-se de modo

[11] Segundo MARIA JOÃO ESTORNINHO: «a própria noção de objeto do contrato tem sido, para este efeito, fonte de acesa controvérsia e a tendência é para distinguir o objeto em si mesmo e as prestações contratuais, admitindo apenas que a Administração altere estas últimas, mas exigindo que *mantenha intocável o primeiro*. (…) enorme limitação que isto representa para o próprio âmbito do "ius variandi"», uma vez que se admite que a Administração imponha alterações às prestações do seu cocontratante, no que respeita à sua quantidade, modelo, condições técnicas e jurídicas de execução, «*mas não que lhe possa ordenar que passe a prestar uma actividade diferente daquela a que se comprometera*». A Administração não pode, *inclusive*, impor a realização de prestações alheias ao inicialmente estabelecido no clausulado ou, alterações que sejam suscetíveis de causar «mudanças na sua economia, mesmo quando tais modificações fossem compatíveis com o modo de gestão ou o tipo de convenção inicialmente adoptados». Neste sentido, *vide* ESTORNINHO, 2003, pp. 133 e 134.

significativo. Tão significativa essa mudança que, a manter-se o clausulado inicial, levaria a uma situação intolerável da perspetiva da boa-fé e lealdade contratuais e sobretudo da perspetiva do princípio basilar da "boa prossecução do interesse público".

A manutenção do contrato tal como inicialmente estipulado conduziria a um verdadeiro abuso de direito, porquanto excederia manifestamente os limites impostos pela boa-fé (artigo 334.º, do Código Civil, de aplicação subsidiária).

Perante um circunstancialismo tal que coloque em risco o interesse público, impõe-se ao Estado, na veste de contraente público, que lance mão do poder de modificação unilateral do contrato, conquanto que seja salvaguardado o mecanismo de *reposição do equilíbrio* económico-financeiro e se encontre em conformidade com os outros limites mencionados.

Por via de regra consistem em situações não previstas no momento da celebração do contrato, de cariz *anormal e imprevisível*, mas nada impede que se tratem mesmo de *circunstâncias normais ou previsíveis*, tendo, neste caso, de ser *especial e manifestamente demonstrado o interesse público que ficaria seriamente em risco com a manutenção do clausulado originário* (ANTÓNIO, 2015*b*, pp. 22 e ss.).

Salvaguardados os direitos do contraente privado no tocante à execução das suas prestações com maior dilação no prazo, suavização dos preços a ser pagos por si ou mediante pagamento de indemnização e revelando-se como condição essencial à prossecução do interesse público, o contraente público deverá recorrer ao catálogo de poderes previsto no artigo 302.º, CCP, de onde consta o poder de modificação unilateral do contrato.

Preconizamos a posição segundo a qual, mais que um poder, o «*ius variandi*» representa um dever, o qual a ser omitido pelo contraente público, poderá conduzir à sua responsabilização financeira por parte do Tribunal de Contas por má gestão de fundos públicos e oneração excessiva da perspetiva do erário público, risco que existe perante a denominada "captura do Estado pelo parceiro privado" em contratos de longa duração celebrados entre o setor público e o setor privado (ANTÓNIO, 2015*a*, p. 437 e ss.).

Bibliografia

ANDRADE, VIEIRA de. A propósito do regime do contrato administrativo no Código dos Contratos Públicos. In *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2010. Vol. II.

ANTÓNIO, Isa. *As parcerias público-privadas no sector da saúde*. Coimbra: Almedina, 2015*a*. 738 p.

_____. A propósito do poder de modificação unilateral do contrato por parte contraente público: "ius variandi». *Revista Electrónica da Faculdade de Direito do Porto*, Porto, n.º 03, out.2015*b*.

CABRAL, António Ferreira. *A modificação objetiva nos contratos administrativos. Em especial, por alteração anormal e imprevisível das circunstâncias à luz do Código dos Contratos Públicos*. Porto, 2014. 57 f. Tese (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Universidade Católica do Porto, 2014.

CORDEIRO, António Menezes. Contratos Públicos. *Cadernos O Direito*, Coimbra, Almedina, nº 02, 2007

ESTORNINHO, Maria João. *Direito europeu dos contratos públicos*. Um *olhar português*. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, reimp.2003.

FREITAS, Lourenço Vilhena de. *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo pela Administração (e as garantias contenciosas do seu cocontratante perante este exercício)*. Lisboa: AAFDL, 2007.

GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo. Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2004.

LEITÃO, Alexandra. *O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais*. In: Encontro de Professores de direito público, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, V, 2012. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf . Acesso em: 20 mai. 2017.

MARTINS, Ana Gouveia. A modificação e os trabalhos a mais nos contratos de empreitada de obras públicas. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Vol. II.

PINTO, Cláudia de Moura. *O facto do príncipe e os contratos administrativos - reflexão sobre o instituto do facto do príncipe e a tutela do cocontratante da Administração em caso de extinção do contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2012.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. O regime da alteração das circunstâncias no âmbito do procedimento pré-contratual. In: *Contratação p*ública - *I*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublicaI.pdf . Acesso em: 20 mai. 2017.

SILVA, Luísa Monteiro. *A reposição do equilíbrio financeiro nos contratos administrativos – em especial, no contrato de empreitada de obras públicas*. Porto, 2013. 61 f. Tese (Mestrado em Direito) – Escola de Direito da Universidade Católica do Porto, 2013.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado. *Contratos p*úblicos, *direito administrativo geral*. 2.ªed. Lisboa: Dom Quixote, 2009. Tomo III.

A teoria da constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo

The theory of the constitution in the global era: for a historicity of the essence of constitutionalism

Larissa Araújo Coelho*

RESUMO: O processo de integração europeu e a globalização têm provocado mudanças não apenas nos contextos econômicos e sociais mas também na teoria da constituição. Neste novo cenário – e na tentativa de atualização da teoria da constituição –, a doutrina portuguesa tem desenvolvido a teoria da interconstitucionalidade. Através de um estudo teórico utilizando-se o método histórico-jurídico associado ao método indutivo, este texto descreve o conceito de Constituição ao longo da história para tentar responder se a ideia de essência constitucional continua a mesma no âmbito da teoria da interconstitucionalidade.

PALAVRAS – CHAVE: teoria da constituição; essência constitucional; teoria da interconstitucionalidade.

ABSTRACT: The process of European integration and globalization have created changes not only in economic and social contexts but also in the constitutional theory. In this new scenario – and to updating the constitutional theory – the Portuguese doctrine has developed the theory of interconstitutionality. Through a theoretical study using the historical-legal method associated with the inductive method, this text describes the concept of the Constitution throughout history, in order to answer the questiono of whether the idea of constitutional essence remains the same in the scope of the theory of interconstitutionality.

KEYWORDS: constitutional theory; constitutional essence; theory of interconstitutionality.

* Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas e investigadora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) da Universidade do Minho.

1. Introdução

Muito se tem escrito acerca da teoria da constituição, das relações entre Constituição, poder e política, uma vez que aquela é a representação jurídica destes, das finalidades e essência do constitucionalismo enquanto garante da limitação do poder arbitrário dantes dos reis agora do Estado. A partir do século XVIII com os movimentos liberais este passa a ser um assunto debatido entre os intelectuais na tentativa de se elucidar, definir e controlar o meio social.

Carta Magna, Lei Maior e Lei Fundamental são algumas das nomenclaturas inscritas nos manuais de direito constitucional que se referem a este documento cuja finalidade primaz é regulamentar o poder e a organização estatal. No entanto, com um rápido exercício interpretativo, verificamos que os termos com os quais comumente nos referimos à Constituição nos remetem à época áurea do Estado-Nação, em que de fato a Constituição desempenhava o papel de *Groundnorm* localizando-se no topo da pirâmide da hierarquia das leis ou ainda a períodos históricos que tiveram importância singular para o desenvolvimento do constitucionalismo como a Magna Charta inglesa de 1215.

Contudo, com o avanço agressivo da globalização e o aprofundamento da integração econômica, social, política e cultural no cenário internacional, a percepção da figura do Estado modifica-se ou entra em crise compreendendo segundo Carlo Bordoni e Zygmunt Bauman (2016, p. 42) a dissolução da própria modernidade. Vivemos assim num período em que o Estado já não corresponde à entidade soberana, que determina e aplica suas medidas fechado sob o cerco de suas fronteiras. Com o constante movimento em prol de se apagar as linhas das fronteiras e a crescente interação entre pessoas, economias, bens e serviços, os próprios textos constitucionais passam também a se integrar. Neste contexto tem sido desenvolvida uma atualização à teoria da constituição, a que a douta doutrina portuguesa tem designado por teoria da interconstitucionalidade. Ciente de que encontramos na doutrina reflexos da ideia do constitucionalismo desde a antiguidade, o estudo parte de uma compreensão histórica do constitucionalismo, objetivando responder à

seguinte questão: a ideia de Constituição para a teoria da interconstitucionalidade se coaduna com o entendimento histórico da essência da Constituição?

A partir de uma análise teórica, adotando o método histórico-jurídico associado ao método indutivo, analisando ainda que de forma breve a evolução ao longo da história do conceito de Constituição, busca-se determinar nesta relação temporal se suas causas e efeitos tendem a permanecer constantes, para assim, a partir de dados particulares que a história e o direito nos fornecem, nos dirigimos a uma conclusão ainda que de forma geral sobre a essência da Constituição no cenário em construção da teoria da interconstitucionalidade (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 22 – 25).

Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho o estudo sobre a evolução histórica do constitucionalismo nos permite determinar a essência do constitucional (BARACHO, 1986, p. 30), que pode ser observada em três momentos distintos: a) na sequência e desencadeada pelas revoluções oitocentistas, b) a produzida no pós Primeira Guerra Mundial e por último, c) a desenvolvida com o fim da Segunda Guerra Mundial e os processos de descolonização (BARACHO, 1986, p. 39). Entretanto, a partir da era moderna, adverte Francisco Lucas Pires (1997, p. 7) que o conceito de Constituição torna-se siamês daquele de Estado-Nação, dando razão ao conteúdo do art. 16.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Contudo, esta seria uma relação que, com a mudança na concepção do Estado, própria da pós-modernidade, tende a ser alterada.

2. O conceito de constituição ao longo da história

Em estudo direcionado a compreender o significado da Constituição, Julio Siqueira (2016, p. 169) afirma que a ideia de Constituição ou a sua essência não se alterou ao longo dos séculos. No mesmo sentido, Gomes Canotilho (2008, p. 21) escreve que "[…] a Constituição de uma comunidade organizada assentou sempre em três pilares: poder, dinheiro e entendimento".

Adotando uma cronologia histórica para que possamos entender se de fato os autores citados estão corretos em suas análises sobre a imutabilidade da essência

da Constituição, temos que na Antiguidade Clássica a finalidade da constituição era organizar a comunidade política, como descreve Aristóteles na obra *Política*, não sendo ainda entendida a constituição como um documento normativo. Associado ao termo *Politeia* para os gregos, estava em causa a determinação das funções dos cidadãos e a forma, estrutura e organização do governo. Para os romanos o termo representativo era *Constitutio* que era o instrumento de aplicação do direito, ou seja, o ato legislativo. "Constituciones significa o arsenal jurídico do império" (BARACHO, 1986, p. 7 – 9). Deste modo, em termos gerais para os antigos a constituição representava um "[…] conjunto de leis que organizavam a comunidade política […]" (SIQUEIRA, 2016, p. 183).

A migração da ordem política para a jurídica deu-se na Idade Média. A Constituição vai adquirindo de forma progressiva o significado de legislação, mas no sentido de uma lei especial, um compromisso básico fundamental que deriva de um pacto entre o povo e o príncipe (BARACHO, 1986, p. 9 - 11), passando a ser compreendida como a via adequada para a limitação do poder público, sendo o exemplo de escola a publicação da Magna Carta que quando compreendida em seu contexto social percebemos que este documento que tem sido considerado um dos primeiros documentos de cariz constitucional foi motivado por fatores que hoje atribuiríamos à globalização. Assim, verifica-se a presença dos seguintes elementos: enfraquecimento de uma classe social (no caso em particular a nobreza), o crescimento populacional, a expansão comercial, o desenvolvimento de cidades livres e as associações mercantis (SIQUEIRA, 2016, p. 186). Ou seja, foi o progresso e os anseios de uma população em determinada época que requereu a juridicização da Constituição.

Agrupando as duas noções anteriores, no período moderno a Constituição vai se debruçar sobre o *quem* e o *como*: determinar *quem* detinha o poder supremo na comunidade política e *como* se deveria dar o seu exercício, ou seja, legitimar os poderes públicos, mas também limitá-los (SIQUEIRA, 2016, p. 187). Este é o mote dos movimentos liberais oitocentistas que compreendem a título de exemplo na Europa a Revolução Francesa (1789) e na América a Independência dos Estados

Unidos (1776). Por influência da doutrina liberal, do contrato social rousseauniano e com a queda do antigo regime, esses movimentos se tornam um marco para o constitucionalismo consagrando os contornos que fundamentam até a atualidade a teoria da constituição.

Assim, o constitucionalismo passa a ser definido, como explica Luís Roberto Barroso (2015, p. 29), como a "[…] limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito, *rule of law*, *Rechtsstaat*)", passando a se compreender que a associação do termo apenas a um documento escrito não corresponde à verdade, pois que o seu valor jurídico está ligado à legitimidade do documento baseada na adesão voluntária e espontânea dos seus destinatários (BARROSO, 2015, p. 29). As grandes novidades do constitucionalismo moderno traduzem-se na a) consolidação da divisão dos poderes, matéria objeto das preocupações de autores como Locke e Montesquieu (tendo prevalecido a proposta deste último: legislativo, executivo e judiciário), opondo-se deste modo ao regime absolutista que tinha por característica primaz a concentração dos poderes na mão do soberano; e b) no entendimento de que o limite ao poder estatal abrangia também as relações intersubjetivas, sendo elevado assim a um direito humano (SIQUEIRA, 2016, p. 188 - 189), o que desenvolverá em uma sequência histórica a teoria dos direitos humanos e fundamentais.

A soberania dos Estados passa a residir no seu povo, advindo deste período a ideia de que do povo soberano provem a vontade geral que deve ser respeitada pelo representante do governo que por sua vez dará as ordens ao povo (SIQUEIRA, 2016, p. 190), pensamento que ficou celebre no discurso de Gettysburg proferido por Abraham Lincoln em 1863: os poderes do estado são definidos pelo *governo do povo, pelo povo e para o povo.*

Ferdinand Lassalle no discurso Über *Verfassungswesen* proferido no ano 1862, traduzido para língua portuguesa como "A essência da Constituição" ou pelo interrogativo "O que é a Constituição?", afirma que os problemas constitucionais são problemas de poder pois que devemos ter uma Constituição que reflita a realidade social, nas palavras do autor, "[…] a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem […]"

(LASSALLE, 2001, p. 40), configurando-se em um problema quando as Constituições reais e escritas não se entrelaçam. Portanto, a essência da constituição é para Lassalle a congruência entre a constituição escrita com a constituição real, que ao não ser verificada nos coloca diante de uma mera folha de papel. Esta concepção tem sido designada por conceito sociológico da constituição.

Em meio a esse debate doutrinário, a revolução industrial cantarolava as notas para a próxima fase do constitucionalismo. Os movimentos sociais e a aclamação por direitos sociais emergem sobretudo na Europa. A regulação das jornadas de trabalho e dos salários, a questão da insalubridade e periculosidade, a oposição à exploração da mão de obra infantil e o trabalho feminino tornam-se a bandeira para o próximo passo da teoria da constituição, já no período a que convencionou-se designar de contemporâneo.

Com o pós Primeira Guerra Mundial e em razão da crise econômica de 1929, as novas constituições surgidas neste ínterim, como por exemplo a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição da República de Weimar de 1919, passam a estar nas origens do Estado Social. Adotando um discurso socializante, a essência da Constituição passa a estar ligada a questões como desenvolvimento econômico, liberdades individuais, criação e gestão de oportunidades aos cidadãos (SIQUEIRA, 2016, p. 195 - 197). De acordo com as palavras de Julio Siqueira (2016, p. 197), "[…] as Constituições passaram a se apresentar como programas de reforma social, e ocuparam o centro de um projeto coletivo de ação política cuja aspiração é determinar a atuação dos Poderes Públicos, a fim de materializar direitos". Em razão deste contexto as normas jurídicas passam a comentar não apenas a política, mas também as relações econômicas e sociais (BARACHO, 1986, p. 44). A interpretação levada a cabo por Julio Siqueira nos adverte que a substância constitucional ao se relacionar à atuação ou modo de ação dos poderes públicos é uma forma de tutelar a restrição dos poderes, ou seja, perpetuando assim a ideia já construída pelos antigos clássicos, embora o discurso agora dê primazia à efetivação dos direitos fundamentais.

Prossegue o citado autor que são considerados temas novos, que procuram atualizar e adaptar o constitucionalismo à sociedade contemporânea, o debate acerca

dos princípios e normas programáticas, a crise da soberania diante dos fenômenos de integração econômica, a judicialização da política e o ativismo judicial, a elevação da dignidade humana como fundamento do constitucionalismo contemporâneo e as implicações dos deveres fundamentais que partem de um único ponto em comum, ou seja, a limitação do exercício do poder estatal, que se caracteriza como a essência do constitucionalismo (SIQUEIRA, 2016, p. 198 - 199).

Do ponto de vista dogmático, existiram dois grandes teóricos sobre a teoria da constituição que passaram a observar o seu conceito à altura da Segunda Guerra Mundial, dando origem a um dos debates mais estimulantes no ramo do direito constitucional, cujos protagonistas foram Hans Kelsen e Carl Schmitt. Apresentando a Constituição através de uma ótica puramente jurídica (o primeiro) e política (o segundo), a Constituição, entendida já como um documento solene, é para Schmitt uma decisão política fundamental, sendo que sua essência "[…] não está contida numa lei ou numa norma […]" pois que prossegue o autor, "[…] no fundo de toda normatização reside uma decisão política do titular do poder constituinte […]" (SCHMITT, 1996, p. 47).

Para Kelsen (1999, p. 139) a Constituição é o fundamento que valida todo o ordenamento jurídico, posto que é a lei superior pois recebe a sua autoridade do poder constituinte e não de um costume ou ato de órgão jurídico. Como uma de suas características básicas está a capacidade de regular a própria criação do direito, pois que controla a produção das demais normas do ordenamento jurídico, que com ela têm de estar em harmonia. Deste modo, explica Kelsen que ao regular a produção das normas gerais também poderá a Constituição determinar o seu conteúdo excluindo aquelas que tenham um conteúdo contrário a si, esclarecendo que o papel do catálogo dos direitos e liberdades fundamentais que correspondem a uma parte substancial das constituições modernas é em sua essência uma "[…] tentativa de impedir que tais leis venham a existir" (KELSEN, 1999, p. 156). Embora descreva a constituição como uma norma pura, um *dever-ser*, também está presente em seu pensamento a ideia de que serve a lei fundamental de parâmetro para a limitação do arbítrio, ao determinar que esta é que determina o critério de validade das demais normas.

As constituições contemporâneas, em razão dos processos históricos de que são fruto, tornam-se textos extensos com normas que afetam matérias e finalidades diversas. Corrobora com esta afirmação José Afonso da Silva ao dissertar sobre o conceito atual de constituição

> *[é] um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias (SILVA, 2005, p. 37 – 38).*

Os elementos descritos por Afonso da Silva nos levam a afirmar que o sentido e alcance da Constituição contemporânea é a reunião de todas as noções arquitetadas ao longo da história para este documento. A teoria da constituição passa a ser entendida como a teoria normativa da política, definida por Jorge Miranda (2013, p. 70) como a compreensão do "[…] esforço de elaboração e aprofundamento do seu conceito e de equacionação das questões fundamentais da dogmática constitucional". A Constituição não trata apenas do Estado, mas também de toda a sociedade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 5; CANOTILHO, 2001, p. 12), sendo um mecanismo que "[…] desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade" (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1051).

Atualmente a teoria da constituição desenvolve-se no contexto do processo de integração regional como a União Europeia (UE) e o Mercado Comum do Sul (Mercosul). Porém em decorrência desses processos de integração passamos a conviver com o reagrupamento de grandes espaços, que somado a outros fatores como o crescimento dos fluxos migratórios, da comunicação, transporte e tecnologia, levam a que a soberania e independência do Estado vá se reduzindo apenas à sua capacidade de repressão (PIRES, 1997, p. 13; BAUMAN, 1999, p. 72). Na ordem internacional essa congruência de fatores tem sido designada por globalização, que pode ser definida como "[…] um processo policêntrico, que envolve vários domínios de actividade" (CANOTILHO, 2008, p. 294 – 295), mas que deixa de fora desse processo os campos para uma possível esfera pública mundial (FERRAJOLI, 2005, p. 122 e ss.). Neste cenário em que o Estado perde a centralidade, a vigência da

constituição dissocia-se de certos elementos considerados basilares como o seu poder advir de um momento constituinte, a abdicação voluntária da soberania nacional, como decorre da Constituição Europeia, em que os Estados signatários do projeto europeu transferem poderes e competências para uma entidade supranacional, a "Europa", associado com a própria mudança no entendimento de Estado, que deixa de ser um Estado-Nação e torna-se um Estado-Membro. Perante as complexidades com as quais o constitucionalismo passa a lidar, Gomes Canotilho chega a afirmar que a teoria da constituição se encontra dissolvida, uma vez que não é possível que tenhamos uma teoria única, argumentando que "[n]ão há hoje uma *situação clássica* em sede de teoria da Constituição", mas que poderíamos estar diante da convivência de várias teorias (CANOTILHO, 2003, p. 1333 – 1355).

Com a interação dos países agora tornados Estados-Membros as Constituições dantes nacionais passam também a integrar-se, a entrar em diálogo. De acordo com Daniela Ribeiro e Malu Romancini (2015, p. 75), as Constituições "supranacionalizaram-se ou internacionalizaram-se" quando os Estados se integram em comunidades políticas supranacionais, forçando suas constituições a se adaptarem e flexibilizaram-se à nova realidade. Em razão dessas alterações a teoria da interconstitucionalidade busca construir uma doutrina atualizada para a teoria da constituição.

3. A teoria da interconstitucionalidade

Os elementos derivados da globalização como os avanços tecnológicos, o corporativismo, os fenômenos migratórios, a diversidade cultural, as interações econômicas, os problemas ambientais, os conflitos armados, o retrocesso no Estado social e a necessidade crescente por parte dos Estados de se integrarem regionalmente em espaços transnacionais e supranacionais (MIRANDA, 2013, p. 56), levam a afirmações como a proferida por Gomes Canotilho (2003, p. 1337) de que hoje está em crise "[…] um conceito de constituição referido exclusivamente ao estado", devendo esta ser compreendida materialmente de acordo com a interpretação desenvolvida por Peter Häberle (2002a) de constituição aberta.

Em razão deste conjunto de elementos ganha força a doutrina sobre um constitucionalismo global, fenômeno no qual se insere a teoria da interconstitucionalidade (MIRANDA, 2013, p. 68). Definida como o diálogo constitucional, ou ainda como a "[…] influência recíproca de certas Constituições ou das jurisprudências constitucionais de uns países sobre as de outros países" (MIRANDA, 2013, p. 69), a teoria da interconstitucionalidade segundo Gomes Canotilho (2008, p. 266; 2003, p. 1425) estuda as relações "[…] da concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político" (CANOTILHO, 2008, p. 266; CANOTILHO, 2003, p. 1425), sendo este um termo preferível ao termo constitucionalismo multilateral.

Tal teoria, segundo Alessandra Silveira (2015b, p. 11), "[…] surgiu da necessidade de captar o fenómeno da interação reflexiva entre normas constitucionais de distintas fontes que convivem no mesmo espaço político […]". Assim, a teoria da interconstitucionalidade se baseia na convivência de normas constitucionais no mesmo espaço político, tendo por fundamento o fenômeno da pluralidade de fontes constitucionais, embora esteja diante de um contexto jurídico-constitucional não hierarquizado, a teoria apresenta como um dos problemas centrais a conceitualização de um poder constituinte cujas fontes e seus legitimadores são diferentes (CANOTILHO, 2008, p. 267 – 268; SILVEIRA, 2015a, p. 23).

Esta ideia foi cunhada por Francisco Lucas Pires na obra *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*. Para Lucas Pires (1997, p. 8) o fenômeno começa a ser observado quando os elementos essenciais do Estado desenvolvidos por Georg Jellinek – território, população e soberania – sofrem flexibilizações. Mas é preciso ter ciência de que o quadro da teoria da interconstitucionalidade não pretende criar um novo constitucionalismo, apenas adequar "[…] a correlação entre várias Constituições" (PIRES, 1997, p. 18), pois não estamos diante da criação de um novo direito constitucional fruto do desenvolvimento da sociedade pós-moderna. O termo interconstitucionalidade explica-nos Silveira (2016, p. 73) incorpora "[…] uma proposta teorética a partir da qual *pode e deve* estudar-se o processo de integração

europeia, ocupando-se, pois, do enquadramento/tratamento da fenomenologia do ´pluralismo constitucional` ou das ´constituições em rede`". A origem desta teoria encontrou-se no risco que se passou a observar de um conflito pela última instância decisória no espaço da UE em matéria jurídico-constitucional, ou seja, a quem cabia a guarda da Constituição, se ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) ou aos tribunais nacionais.

Passado do mundo da teoria para o da prática, a teoria da interconstitucionalidade se faz presente com a fusão do patrimônio jurídico comum, ou seja, existe uma aproximação conceitual e interpretativa para os conteúdos que compõem as constituições ocidentais em matérias como direitos fundamentais, separação de poderes, princípio da legalidade e controle da constitucionalidade (PIRES, 1997, p. 19). Entretanto, a percepção e o uso desta faculdade faz-se mais visível em processos de integração econômica, política, social e cultural, a qual o melhor exemplo desenvolvido é a União Europeia.

Em consonância com tal pensamento, disserta Miguel Poiares Maduro (2006, p. 345) que o constitucionalismo na Europa toma por empréstimo conceitos constitucionais clássicos como de direitos fundamentais, separação de poderes, Estado de direito para formar o seu corpo jurídico e legitimar a sua autoridade normativa e política. Assim como na concepção kelseniana a Constituição é a lei superior que valida o ordenamento jurídico, para o direito da União Europeia essa característica recebe o nome de princípio do primado[1].

Porém quando falamos em Constituição da União Europeia tem sido corrente os questionamentos de que não existe um povo europeu ou poder constituinte que valide o

[1] Para visualizarmos que os temas que compõem a teoria da constituição surgem em momentos históricos distintos e ao longo do tempo passam a compor o patrimônio comum nas constituições ocidentais temos a ilustração de Peter Häberle (2002b, p. 181) no artigo *La Constitución como cultura* afirmando que "[h]istoricamente se podría decir que de un modo u otro todos los Estados europeos han contribuído com sus aportaciones al Estado constitucional: Gran Bretaña con la democracia parlamentaria; França com los derechos del hombre (junto con Estados Unidos: Declaración de Derechos de Virginia de 1776); Italia con el regionalismo (1947); Suiza con el federalismo (1848), Alemania con su práctica fuertemente desarrollada del Derecho constitucional y con la ampliación de las funciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional"

uso do termo Constituição para a harmonização e aplicação dos tratados e jurisprudência da UE nos Estados-Membros e nas relações desses com a própria União. No entanto, como sublinha Roland Bieber citado por Lucas Pires (1997, p. 23), as criticas mais veementes não recaem sobre a existência ou não de uma Constituição Europeia, mas sim qual a teoria da constituição se adequa a esta realidade, uma vez que como explica Silveira (2015b, p. 12) não se trata "[…] de teorizar uma Constituição que admita o pluralismo de ordenamentos […] mas de teorizar o próprio ´pluralismo de constituições`".

Entretanto, já vez que a teoria não subsiste sem o seu objeto – a Constituição –, para podemos dar resposta ao problema que aqui levantamos, qual seja, se a essência da Constituição permanece imutável quando analisada à luz da teoria da interconstitucionalidade (na medida em que esta teoria assenta no diálogo entre textos constitucionais, essencialmente as Constituições dos Estados-Membros e a Constituição Europeia), é preciso captar o seu sentido.

Para captar o sentido de Constituição neste contexto plural, aproveitamo-nos dos ensinamentos de Peter Häberle (2002b, p. 184; 1993, p. 11), para quem não podemos ter em mente a Constituição no seu sentido clássico, relacionado ao Estado, pois que a Europa não é um Estado. A Constituição Europeia, para Habermas (2001, p. 12), é uma via para a intensificação das capacidades de os Estados-Membros atuarem de forma conjunta. Entretanto, é possível, como afirma Häberle (2002b, p. 185), observar o desenvolvimento de elementos e estruturas constitucionais, concluindo que assim passamos a estar diante de uma comunidade constitucional *sui generis*. Aponta, por exemplo, o Tratado de Schengen como o responsável pela relativização dos elementos território e soberania, bem como os direitos fundamentais, que estiveram primeiramente presentes nas Constituições nacionais e agora figuram como princípios gerais do direito da União. Sobre as funções de uma Constituição, menciona que as características clássicas, como de ordenação social, podem ser encontradas no preâmbulo do Tratado de Maastricht (que cria a União Europeia), a limitação ao poder verifica-se através do Parlamento e do Tribunal de Justiça da União Europeia, a função legitimadora pode ser determinada com as eleições dos cidadãos europeus, para por fim indicar que a função de integração se relaciona ao consenso de tipo programático.

Quanto ao momento constituinte, assunto de relevância para a teoria da constituição, Poiares Maduro argumenta que o momento constituinte europeu não pode ser identificado simbolicamente, uma vez que ele decorre de forma paulatina através do desenvolvimento judicial do Tribunal de Justiça da UE e dos tribunais nacionais ao aplicarem o direito da União, mas também da ampliação do poder político da UE. Entretanto são fatores que têm sido construídos por "[…] referência a fontes constitucionais nacionais" (MADURO, 2006, p. 344). Deste modo o poder constituinte decorre da interpretação dos tratados e da colaboração dos diversos atores jurídicos e políticos.

Deste modo, o nascimento do entendimento constitucional se dá com as interpretações do Tribunal de Justiça da UE, ao aplicar o método da interpretação conforme o direito europeu (HÄBERLE, 2002b, p. 187 – 188), e com a transferência para a comunidade europeia de princípios constitucionais que são comuns aos Estados-Membros (HÄBERLE, 1993, p. 11). Assim, segundo Häberle, "[e]l derecho constitucional comunitario aparece con frecuencia en forma de principios generales del Derecho o *standards*". Entendemos que esses estudos de Häberle, a que designou de direito constitucional da comunidade europeia, traduz-se na atual teoria da interconstitucionalidade. Assim, tomando por empréstimo o pensamento de Häberle (1993, p. 13) para a teoria da interconstitucionalidade, podemos dizer que esta não pretende sufocar o direito constitucional nacional, antes colaborar em sua fundamentação e potenciá-lo[2].

Deste modo, os tratados constitutivos representam um acordo entre os povos da Europa (MADURO, 2006, p. 341), pois como adverte Alessandra Silveira (2010, p. 208) estes "[…] funcionam, pois, como a Constituição da União Europeia, na medida em que consagram uma ordem jurídica fundamental que vincula todo o poder público europeu". O TJUE, ao atuar em conjunto com os tribunais nacionais,

[2] Neste sentido, argumenta Alessandra Silveira (2010, p. 209) que a União Europeia "[…] evolui e comporta-se como se a sua base jurídica/texto fundador fosse uma constituição e não um tratado governado pelo Direito Internacional. Todas as doutrinas e princípios que dominam a construção do Direito da União derivam do Direito Constitucional e não do Direito Internacional. Por isso que o paradigma da construção europeia é constitucional – e já não internacionalista".

adapta a ideia do guardião da Constituição à nova realidade[3]. Ainda sobre o conceito da Constituição Europeia, Paulo Rangel (2012, p. 113) sintetiza com as seguintes palavras, "[t]rata-se de um 'complexo jurídico' integrado pelo núcleo essencial dos tratados, por princípios revelados pela jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo e por costumes e praxes enraizados".

Estamos, portanto, diante de um constitucionalismo que não pretende repetir as mesmas fórmulas aplicadas ao Estado-Nação. E é este o ponto em que mais se distingue da teoria clássica da constituição, uma vez que o diálogo entre as Constituições dos vários Estados-Membros permite que estejamos diante de uma pluralidade de fontes constitucionais que juntas têm que dar soluções a problemas como o da convivência entre Constituições, da aplicação de normas preferentes derivadas de ordenamentos distintos, do nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais, entre outros (SILVEIRA, 2010, p. 209 - 210). Ao estarem interligadas, as ordens jurídicas não podem decidir unilateralmente sobre dimensões que afetam a todas (SILVEIRA, 2015b, p. 17). Mas tal compreensão de um constitucionalismo plural, como designou Poiares Maduro (2006), só se torna possível por força do princípio da lealdade europeia, que obriga os Estados-Membros a seguirem as medidas necessárias à prossecução dos objetivos dos tratados, estando por sua vez a União obrigada a respeitar as identidades constitucionais e as funções dos Estados-Membros (SILVEIRA, 2010, p. 219).

Deste modo, embora a teoria da interconstitucionalidade tenha surgido para

> *[…] captar i) o fenómeno da pluralidade/interação de distintas fontes constitucionais e reivindicações de autoridade constitucional, bem como ii) as tentativas judiciais de as acomodar num contexto jurídico-constitucional não hierarquicamente estruturado (SILVEIRA, 2015b, p. 13).*

[3] Como explica Silveira (2010, p. 214) "[d]esde a década de sessenta do séc. XX, o TJUE tem afirmado que os tribunais nacionais devem: 1) assegurar a defesa dos interesses dos particulares eventualmente afectados pela violação do Direito da União Europeia; 2) assegurar a aplicação de normas processuais tendentes a tutelar os direitos conferidos pelo Direito da União Europeia; 3) assegurar a aplicação de providências cautelares tendentes a evitar danos irreparáveis nos direitos dos particulares decorrentes do Direito da União Europeia; 4) assegurar a responsabilização do Estado-Membro por violação do Direito da União Europeia e a consequente reparação dos particulares afectados".

Atualmente, esta teoria dedica-se à definição da identidade do constitucionalismo europeu e à atualização da teoria da constituição em geral (SILVEIRA, 2015b, p. 13). Concordando com Gomes Canotilho (2008, p. 197), temos hoje uma Constituição "[…] aberta a outros espaços, aberta a outras pessoas, aberta a outras normas, aberta a conflitos e consensos […]", não havendo cedências a qualquer patriotismo constitucional. Entretanto, embora o mestre de Coimbra afirme que assim passamos a estar perante ordens jurídicas parciais, porque as Constituições nacionais tornam-se leis fundamentais regionais (CANOTILHO, 2008, p. 109 – 110), a essência da Constituição no contexto da teoria da interconstitucionalidade nos parece inalterada quanto à função da Constituição, pois esta continua sendo um instrumento que limita o poder e disciplina o seu exercício[4]. A jurisprudência do TJUE vai desenvolvendo um processo constante de atualização e adaptação dos tratados ao contexto social e econômico europeu (constitucionalização dos tratados), o que vai ao encontro da afirmação de Zagrebelsky citado por Silveira (2016, p. 72) para quem a Constituição, nos dias que correm, deve "[…] responder adequadamente aos desafios do nosso tempo".

4. Considerações finais

Face ao exposto, partindo da questão sobre se a ideia de Constituição, para a teoria da interconstitucionalidade, se coaduna com o entendimento histórico da essência da Constituição, o presente estudo, através de uma abordagem histórica, buscou compreender, ainda que de forma breve, a essência da Constituição desde a Antiguidade clássica até a atual proposta de atualização da teoria da constituição.

Sendo assim, a Constituição foi primeiramente entendida na Antiguidade Clássica como um conjunto de leis que visava a organização da comunidade política. Esta

[4] Encontramos esta previsão na principiologia do direito da União no designado princípio da *União de direito*, que conforme a explicação de Silveira (2016, p. 73) "[…] funciona 1) como um limite à atuação das instituições europeias e Estados-Membros quando aplicam o direito da União e 2) como uma garantia dos direitos dos particulares afetados pelas disposições europeias. Ou nas palavras do TJUE: ´a Comunidade Económica Europeia é uma comunidade de direito, na medida em que nem os seus Estados-Membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que é o Tratado".

ideia foi perpetuada até a Idade Média quando adquire um sentido jurídico, passando a ter o seu significado mais importante: torna-se um instrumento de limitação do poder público. No entanto, apenas com as revoluções liberais do século XVIII é que a teoria da constituição ganha os contornos que ainda hoje servem de parâmetro para o direito constitucional. Este documento (escrito ou de fonte costumeira) encontra na construção do Estado o seu maior aliado, ao passo que seu conteúdo é composto por normas sobre a organização do Estado e um catálogo de direitos e garantias (as chamadas liberdades individuais, que exprimem os limites aos quais encontra-se adstrito os poderes do próprio Estado).

O avançar da história trouxe uma mudança no pensamento político-social com o florescimento dos movimentos que têm como consequência direta (sobretudo no pós-guerra do séc.XX) a consagração constitucional dos direitos econômicos, sociais e culturais, transformando a Constituição em um programa de reforma social. Contudo, apesar desta mudança social e da incorporação de novos direitos, a essência da Constituição permanecia sem alterações. Como identificado por Julio Siqueira e Gomes Canotilho, o seu principal pilar ainda era a limitação do poder, especificamente do Estado.

Este paradigma começa a sofrer alterações com a última e atual fase a que ainda vivenciamos – e, portanto, toda caracterização feita até o presente momento são construções teóricas passiveis de serem postas em causa e alteradas. Na designada pós-modernidade – em função da globalização e dos processos de integração regionais, dos quais a UE é o exemplo com maior desenvolvimento –, a noção clássica de Estado, bem como os seus elementos constitutivos (território, povo, soberania), passam a sofrer variações e flexibilizações, ganhando força o entendimento de Constituição desvinculada ao Estado. Como salienta Paulo Rangel (2012, p. 113), uma análise cuidada nos mostra que "[…] a ideia de constituição é anterior à invenção do Estado, enquanto que a imposição da sua forma escrita é posterior à proliferação dos Estados no espaço ocidental" concluindo que "[o]s dois conceitos gozam, pois, de uma plena autonomia científica e histórica".

Em sede de uma teoria da constituição, passam a conviver no mesmo espaço

normas constitucionais de distintos ordenamentos que se devem harmonizar entre si, produzindo o que a doutrina tem designado por diálogo entre Constituições. Assim, a teoria da constituição na era global tem sido atualizada através da teoria da interconstitucionalidade – que pretende, por meio do patrimônio jurídico comum, definir a nova identidade do constitucionalismo, mas sem a pretensão de criar um novo direito constitucional. Neste sentido, conclui Silveira que

> *[…] a teoria da interconstitucionalidade abre as portas à renovação da teoria da constituição […] [mas] não convoca propriamente a superação do conceito de constituição enquanto tal […] apenas o renova porque o desliga da referência exclusiva ao modo político estadual […] a interconstitucionalidade apenas adpta o constitucionalismo à mudança da natureza da autoridade política e do espaço político (Silveira, 2015b, p. 14).*

A Constituição, enquanto documento aberto a novos conflitos e consensos, tem se adaptado à ordem global. A concorrência e o diálogo das Constituições nacionais com a Constituição Europeia têm mostrado novas perspectivas para a teoria da constituição – como uma maior aproximação à realidade social e uma atualização mais célere provocada pela jurisprudência do TJUE do que aquela produzida por reformas constitucionais. Entretanto, concluímos que a característica primaz ainda permanece intacta, pois mesmo neste plano supranacional, a Constituição ainda é um instrumento que limita e organiza o poder público, sendo um exemplo prático a consagração na ordem europeia de uma Carta de Direito Fundamentais, que assim como os catálogos de direitos fundamentais das Constituições nacionais tem por objetivo impedir que valores universais como da dignidade humana, liberdade, igualdade, solidariedade, democracia e Estado de direito sejam colocados em causa.

Neste contexto, a teoria da interconstitucionalidade, ao demostrar a autonomia da Constituição relativamente ao Estado, e ao explicitar a sua característica de documento aberto nos leva a concordar com a afirmação de Häberle para quem a

> *[…] constituição não é apenas um texto jurídico nem tampouco uma acumulação de normas superiores, é também expressão de um estado de desenvolvimento cultural, um meio de autorrepresentação de um povo, um espaço de sua herança cultural e fundamento de suas novas esperanças (Häberle, 2002b, p. 194).*

Ou seja, a Constituição é a representação do passado, mas também as linhas para o desenvolvimento futuro – o que bem traduz a passagem de Goethe citada por Häberle (2002b, p. 194) "[…] a constituição é uma forma impressa que se desenvolve vivendo".

Bibliografia

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do constitucionalismo. *Revista de Informação Legislativa Brasileira*, Brasília, vol. 23, n.º 91, jul./set., p. 5 – 62, 1986. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181702 . Acesso em: 04 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo*. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização:* as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BORDONI, Carlo; BAUMAN, Zygmunt. *Estado de crise*. Tradução de Renato Aguiar. Lisboa: Relógio D´Água Editores, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *"Brancosos" e interconstitucionalidade:* itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador:* contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ª ed., 15.ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia, Estado de derecho y jurisdicción en la crisis del Estado Nacional. In: ATIENZA, Manuel; FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 109 – 133.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica:* teoria e prática. 3.ª ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/05, da ABNT. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional:* a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002a.

HÄBERLE, Peter. La Constitución como cultura. *Anuário ibero-americano de justicia constitucional*, Madrid, n.º 6, p. 177 – 198, 2002b.

HÄBERLE, Peter. Derecho constitucional comum europeo. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Epoca), n.º 79, enero-marzo, p. 7 – 46, 1993.

HABERMAS, Jürgen. Por qué Europa necesita una Constitución. *NLR*, n.º 11, september-october, p. 5 – 25, 2001. Disponível em: http://newleftreview.es/article/download_pdf?id=2343&language=es . Acesso em: 04 jun. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6.ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

MADURO, Miguel Poiares. *A Constituição Plural:* constitucionalismo e União Europeia. Cascais: Principia, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 7.ª ed., rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Tomo II.

PIRES, Francisco Lucas. *Introdução ao direito constitucional europeu:* seu sentido, problemas e limites. Coimbra: Almedina, 1997.

RANGEL, Paulo Castro. Por uma Europa federal: o problema político e constitucional. In: A.A.V.V. *Economia, parlamentos, desenvolvimento e migrações:* as novas dinâmicas bilaterais entre Brasil e Europa. Tradução de Mónica Baña, Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2012, Vol. 2. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/7516-1442-5-30.pdf . Acesso em 04 de jun. 2017.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. *Sistema interamericano de direitos humanos:* a efetivação dos direitos da personalidade pela interconstitucionalidade. Maringá, PR: Vivens, 2015. (e-book). Disponível em: http://www.humanitasvivens.com.br/livro.php?id=285 . Acesso em: 04 jun. 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Lourdes Santos Machado. 5.ª ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991.

SCHMIT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editoria, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25.ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

SILVEIRA, Alessandra. Constitucionalismo estadual e constitucionalismo europeu: a superação do complexo de "eterno marido". *Revista Jurídica UNIARAXÁ*, Araxá, v. 14, n.º 13, p. 205 – 224, 2010. Disponível em: http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/49/41 . Acesso em: 04 de jun. 2017.

SILVEIRA, Alessandra. Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial. In: WALMOTT, Alexandre; COELHO, Saulo Pinto (coords.). *Interconstitucionalidade e interdisciplinariedade:* desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global. Uberlândia: Edição Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado – LAECC, 2015a, Cap. 1.

SILVEIRA, Alessandra. Prefácio: sobre a proteção de direitos humanos/fundamentais em rede. In: RIBEIRO, Daniela Menengoti; ROMANCINI, Malu. *Sistema interamericano de direitos humanos:* a efetivação dos direitos da personalidade pela interconstitucionalidade. Maringá, PR: Vivens, 2015b. (e-book). Disponível em: http://www.humanitasvivens.com.br/livro.php?id=285 . Acesso em: 04 jun. 2017.

SILVEIRA, Alessandra. International Constitutional Court e integração (constitucional) europeia. *International Studies on Law and Education*, São Paulo, 24, CEMOrOC-Feusp/IJI – Univ. do Porto, set. – dez., 2016. Disponível em: http://www.hottopos.com/isle24/71-76Silveira.pdf . Acesso em: 04 jun. 2017.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. A ideia de Constituição: uma perspectiva ocidental - da antiguidade ao século XXI. *Cuestiones Constitucionales*, Ciudad de México, n.º 34, enero-junio, p. 169 – 209, 2016. Disponível em: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6110/12516 . Acesso em: 04 jun. 2017.

O conflito entre os níveis nacionais de proteção jusfundamental e o direito eurocomunitário à luz do artigo 53.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

The conflict between national levels of fundamental protection and EU Law under article 53 of the EU Charter of Fundamental Rights

Leonardo David Quintiliano*

RESUMO: O presente artigo analisa o conflito entre o direito da União Europeia e o nível de proteção jusfundamental dos Estados-Membros, à luz do conteúdo jurídico do artigo 53.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Nele são analisados a internormatividade entre o sistema jurídico eurocomunitário e os sistemas jurídicos nacionais, mediante a compreensão de critérios de prevalência de normas, como a preempção e o primado, bem como o próprio âmbito de aplicação da Carta. O histórico e os debates em torno da criação da CDFUE e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) também são considerados, com a finalidade de, ao fim, propor uma interpretação que equacione os conflitos enunciados.

PALAVRAS-CHAVE: Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia; nível mais elevado de protecção; caso Melloni; artigo 53.º.

ABSTRACT: This paper analyzes the conflict between EU law and the Member States' level of fundamental protection in the light of the Article 53 of the EU Charter of Fundamental Rights. It analyzes the inter-normativity between the EU legal system and national legal systems, through the understanding of prevalence criteria such as preemption and primacy, as well as the scope of application of the Charter. The history and debates surrounding the establishment of the Charter and the case law of the Court of Justice of the European Union are also considered, with the aim of finally proposing an interpretation that equates the enounced conflicts.

KEYWORDS: EU Charter of Fundamental Rights; principle of the highest level of protection; Melloni judgement; Article 53.

---

* Especialista e mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo (USP).

1. Introdução

O presente trabalho tem por finalidade analisar o conflito entre o direito da União e o nível de proteção jusfundamental dos Estados-Membros, à luz do conteúdo jurídico do artigo 53.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – CDFUE.

A natureza *sui generis* da União Europeia criou alguma dificuldade por parte da doutrina e jurisprudência em oferecer respostas aos conflitos provocados pela *internormatividade* dos sistemas jurídicos sobrepostos, especialmente o eurocomunitário e os nacionais, a partir dos referenciais teóricos construídos diante das experiências até então conhecidas, como os Estados federativos, as confederações e as demais organizações internacionais.

Ademais, a constitucionalização fracassada, por um lado, e a incorporação de um catálogo de direitos fundamentais, por outro, representam um fenômeno *prima facie* contraditório, conduzindo o intérprete à escolha de um caminho cujo destino ainda é incerto. Soma-se a isso um critério de repartição de competências igualmente formado por paradoxos[1] e imprecisões conceituais[2], cuja aplicação deva se dar, para alguns, por um diálogo constitucional, inerente a esses espaços *internormativos* (SILVA, 2011, p. 173).

Nesse contexto, surge a questão de conflito entre uma norma eurocomunitária e a proteção jusfundamental nacional. O conflito, anteriormente resolvido pelo TJCE (hoje TJUE) ora com a aplicação do princípio do primado, ora com o reconhecimento da identidade constitucional dos Estados-Membros e o nível mais elevado de proteção jusfundamental, passou a ser analisado sob esta última perspectiva pela doutrina, em face da adoção da CDFUE.

De fato, em decorrência de sua incorporação, o direito da União precisava equacionar os níveis de proteção aos direitos fundamentais já oferecidos em outros instrumentos normativos, especialmente os que decorrem do catálogo de direitos fundamentais mais

[1] Como o conflito entre o primado e a identidade constitucional dos Estados-Membros. Cf. ROSSI, 2013, p. 756.

[2] O que foi aperfeiçoado com o Tratado de Lisboa. Antes, a repartição de competências era, como observa Roberto Baratta, "uma fonte de incerteza nos casos patológicos". BARATTA, 2010, p. 519.

próximo então existente, nomeadamente a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - CEDH, e as normas constitucionais dos Estados-Membros. Sobreveio, assim, a fórmula do artigo 53.º da CDFUE, muito parecida com à já existente no artigo 53.º da CEDH e com outros instrumentos similares, como a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos[3]:

> ***Artigo 53.º***
>
> ***Nível de proteção***
>
> *Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos 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 Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.*

O referido artigo foi produto de um longo processo de discussão que objetivava garantir, por um lado, o nível de proteção já oferecido pela CEDH e, por outro, garantir a efetividade do direito da União. Seu texto final, porém, deixou muitas dúvidas no plano jurídico concernentes à sua interpretação. Para parte da doutrina (SILVA, 2011, p. 26; MARTINS, 2007, p. 137) o referido artigo contemplou o chamado "princípio do nível mais elevado de proteção aos direitos fundamentais" no direito europeu[4], posição esta que não lograra êxito no

---

[3] Com efeito, dispõe o artigo 29 da CADH: Artigo 29 - Normas de interpretação:
Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:
a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

[4] De fato, gramaticalmente, "europeu" é adjetivo que qualifica o que é da Europa. Assim, como explica Maria Luísa Duarte, o termo comportaria ao menos quatro sentidos: 1) o direito de cada Estado europeu; 2) o direito aplicado nas OIs de âmbito europeu, como o Conselho da Europa e sua CEDH; 3) o direito da UE; 4) direito de aplicação transnacional no âmbito europeu. Neste trabalho, a expressão direito eurocomunitário referir-se-á ao direito da União. Cf. SILVEIRA; CANOTILHO, 2013, p. 576.

processo legislativo, diante do receio de enfraquecimento do primado do direito da União.

Não obstante, o TJUE, contrariando as expectativas geradas pela sua própria jurisprudência, que sinalizava a filiação à tese do nível mais elevado de proteção no direito europeu, afirmou, em recentes decisões[5], a prevalência da norma comunitária em detrimento de disposição constitucional, o que tem gerado consideráveis críticas da doutrina.

O presente artigo analisa, assim, a decisão do TJUE e as posições doutrinárias acerca do tema, com o intuito de contribuir para o debate em torno do conflito entre o padrão de jusfundamentalidade dos sistemas nacionais e o direito da União, a partir da exegese do artigo 53.º da CDFUE.

2. O artigo 53.º da CDFUE e a jurisprudência do TJUE

Considerável doutrina entende que o artigo 53.º da CDFUE implicaria a possibilidade de uma norma do direito da União ser afastada se conflitar com a disposição nacional que garanta maior proteção ao direito fundamental envolvido (DUARTE, 2006, p. 286-289 e SILVEIRA; CANOTILHO, 2013, p. 615).

O TJCE parecia orientar-se em favor dessa tese. Antes mesmo da adoção formal do catálogo, a jurisprudência eurocomunitária mostrava-se inclinada à prevalência da norma mais favorável em detrimento do primado (QUADROS, 2013, p. 519).

No processo *Schmidberger*, o TJCE reconheceu a prevalência dos direitos fundamentais em matéria de liberdade de expressão e de liberdade de reunião, consagrados e garantidos igualmente pela Constituição austríaca e pela CEDH, sobre as regras de livre circulação de mercadorias do direito eurocomunitário, após ponderar que tanto as normas de direitos fundamentais quanto as normas do direito

Maria Luísa Duarte (2006, p. 33) o define como o "o conjunto de regras e princípios conformadores do estatuto jurídico da União Europeia".

[5] Dentre os quais, no Processo *Melloni* (C-399/11). Acórdão de 26 de fevereiro de 2013. ECLI:EU:C:2013:107.

comunitário podem ser excepcionadas e que, num conflito entre elas, deve-se aplicar o teste de proporcionalidade[6].

Já no caso *Omega*, o TJCE deu um passo mais largo, decidindo que o Estado-Membro pode invocar uma norma de sua Constituição que estabeleça uma proteção a um direito fundamental mais favorável que aquela conferida pela CEDH, contrariamente ao direito comunitário[7].

O destaque dessa decisão, porém, está na seguinte passagem, em que o TJCE admite a invocação, de forma autônoma, da proteção a um direito fundamental contida em uma Constituição, para excepcionar o direito eurocomunitário:

> *não é indispensável que a medida restritiva adoptada pelas autoridades de um Estado-Membro corresponda a uma concepção partilhada pela totalidade dos Estados-Membros no que respeita às modalidades de protecção do direito fundamental ou do interesse legítimo em causa (Processo Omega (C-36/02). Acórdão. ECLI:EU:C:2004:614. Considerando 37).*

A partir de tal formulação, parecia que os rumos da jurisprudência do TJUE seguiriam o entendimento de que o nível mais elevado de proteção de um direito fundamental contido em uma Constituição nacional poderia ser invocado pelo Estado-Membro para o descumprimento de uma norma eurocomunitária. Tal previsão, contudo, não se confirmou no caso *Melloni*.

---

[6] Cf. Processo *Schmidberger* (C-112/00). Acórdão. ECLI:EU:C:2003:333. Nesse caso, a proteção de um direito fundamental previsto na Constituição austríaca encontrava paralelo na CEDH, razão pela qual poderia ser invocada a compatibilidade da disposição comunitária com a referida Convenção, não apenas em razão da jurisprudência firmada pelo TJCE, mas também por expressa previsão no TCEE, após as alterações promovidas pelo Ato Único Europeu, bem como no artigo F, n.º 2, do TUE.

[7] Cf. Processo *Omega* (C-36/02). Acórdão. ECLI:EU:C:2004:614. Diversamente do caso *Schmidberger*, a norma constitucional nacional versava sobre direito não correspondente no nível de proteção eurocomunitária, uma vez que a dignidade da pessoa humana constituía direito autónomo na Lei Fundamental alemã, o mesmo não ocorrendo em nível comunitário. Não obstante, o TJCE considerou tal direito suscetível de ser invocado para restringir obrigações impostas pelo direito eurocomunitário. A CDFUE, no entanto, adota em seu artigo 1.º a mesma redação da Lei Fundamental de Bonn, razão pelo que tal argumento não poderia ser, agora, invocado.

3. O caso *Melloni*

O referido processo envolvia um pedido de extradição de *Stefano Melloni*, formulado pela Itália, em decorrência de sua condenação por um Tribunal italiano, à pena de dez anos de prisão, como autor do crime de falência fraudulenta. *Melloni* havia sido julgado à revelia e encontrava-se foragido na Espanha, quando foi preso pela polícia espanhola. A *Câmara Penal da Audiencia Nacional*, na Espanha, decidiu entregar S. Melloni às autoridades italianas, para cumprimento da pena a que fora condenado pelo *Tribunale di Ferrara*. Após a *Câmara Penal da Audiencia Nacional*, na Espanha, decidir entregá-lo às autoridades italianas, *S. Melloni* interpôs no Tribunal Constitucional da Espanha recurso de amparo[8] contra o referido despacho, alegando violação indireta do artigo 24.°, n.° 2, da Constituição espanhola[9], ao ser violado o conteúdo essencial de um processo equitativo e, por conseguinte, a dignidade humana, por ter sido permitida a extradição a um Estado que valida as condenações proferidas na ausência do arguido, sem condicioná-la à garantia de o condenado poder impugná-la [Processo *Melloni* (C-399/11). Acórdão. ECLI:EU:C:2013:107].

Ao apreciar o caso, o Tribunal Constitucional espanhol deparou-se com algumas dificuldades de interpretação à luz da ordem jurídica eurocomunitária, destacando-se o conflito entre a Decisão-Quadro 2002/584/JAI e o referido artigo 24, n.º 2, da Constituição Espanhola, o que o levou a submeter ao TJUE algumas questões prejudiciais, dentre as quais tem particular interesse a terceira questão:

> *Em caso de resposta afirmativa à segunda questão, o artigo 53.° da Carta, interpretado de modo sistemático em conjugação com os direitos reconhecidos nos artigos 47.° e 48.° da Carta, permite que um Estado-Membro sujeite a entrega de uma*

[8] O recurso de amparo está previsto no artigo 53, n.º 2, da Constituição espanhola, podendo ser utilizado por qualquer cidadão para reclamar, perante o Tribunal Constitucional, a tutela de uma liberdade ou direito fundamental reconhecido na Constituição espanhola.

[9] Dispõe o artigo 24, n.º 2, da Constituição espanhola:

"2. *Todos também têm direito ao juiz ordinário previsto em lei, à defesa e à assistência de um defensor, a serem informado das acusações contra eles, a um julgamento público, sem atrasos indevidos e com plenas garantias, utilizando-se os meios de prova relevantes para a sua defesa, à não autoincriminação, a não se confessar culpado e à presunção de inocência. A lei regulará os casos em que, por razões de parentesco ou segredo profissional, não se deve forçar o testemunho sobre fatos supostamente criminosos.* " (tradução nossa)

> *pessoa que tenha sido condenada [sem ter estado presente no julgamento] à condição de essa condenação poder ser objeto de novo julgamento ou de recurso no Estado requerente, conferindo assim a esses direitos um nível de proteção mais elevado do que aquele que decorre do direito da União Europeia, a fim de evitar uma interpretação que limite ou lese um direito fundamental reconhecido pela Constituição desse Estado-Membro?*[10]

Em sua decisão de reenvio, o Tribunal Constitucional espanhol invocou as três interpretações que a doutrina confere ao conteúdo e alcance jurídicos do artigo 53.º da CDFUE [Processo *Melloni* (C-399/11). Conclusões do Advogado-Geral. ECLI:EU:C:2012:600]. De acordo com a primeira interpretação, o artigo 53.º da CDFUE conferiria um *standard mínimo* de proteção aos direitos fundamentais, podendo os Estados-membros adotarem o padrão de proteção conferido pela sua Constituição, quando este for maior que o conferido pela Carta, adotando-se uma pré-compreensão de que o artigo 53.º da CDFUE cumpre uma função similar ao artigo 53.º da CEDH e de outros instrumentos jurídicos internacionais de proteção dos direitos e liberdades fundamentais. Em outras palavras, buscava o Tribunal Constitucional espanhol saber se um Estado-Membro pode opor à aplicação de disposições do direito da União o padrão de proteção de um direito fundamental garantido em sua Constituição, quando este for mais elevado que o que decorre da CDFUE.

---

[10] "1) O artigo 4.°-A, n.° 1, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI, na sua redação em vigor dada pela Decisão-Quadro 2009/299/JAI, deve ser interpretado no sentido de que impede as autoridades judiciais nacionais, nos casos indicados nessa mesma disposição, de sujeitar a execução de um mandado de detenção europeu à condição de a condenação em causa poder ser objeto de novo julgamento ou de recurso a fim de garantir os direitos de defesa da pessoa sobre a qual recai o mandado?

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão, o n.° 1, do artigo 4.°-A da Decisão-Quadro 2002/584/JAI é compatível com as exigências que resultam do direito de ação efetivo e do direito a um processo equitativo, previsto no artigo 47.° da Carta […] assim como dos direitos de defesa garantidos no artigo 48.°, n.° 2, da mesma Carta?

3) Em caso de resposta afirmativa à segunda questão, o artigo 53.° da Carta, interpretado de modo sistemático em conjugação com os direitos reconhecidos nos artigos 47.° e 48.° da Carta, permite que um Estado-Membro sujeite a entrega de uma pessoa que tenha sido condenada [sem ter estado presente no julgamento] à condição de essa condenação poder ser objeto de novo julgamento ou de recurso no Estado requerente, conferindo assim a esses direitos um nível de proteção mais elevado do que aquele que decorre do direito da União Europeia, a fim de evitar uma interpretação que limite ou lese um direito fundamental reconhecido pela Constituição desse Estado-Membro?". Processo *Melloni* (C-399/11). Acórdão. ECLI:EU:C:2013:107.

Tal entendimento *in casu* permitiria à Espanha condicionar a execução do mandado de detenção europeu à observação, pela Itália, de um direito fundamental reconhecido na Constituição Espanhola, em hipótese não prevista na Decisão-Quadro 2002/584, mas em observância de um princípio do nível mais elevado de proteção previsto no artigo 53.º da CDFUE.

Nesse processo, porém, entendeu o TJUE que tal interpretação do artigo 53.º violaria o princípio do primado, da unidade e da efetividade do direito da União, pois permite a um Estado-Membro não aplicar atos do direito da União conformes à CDFUE, se tais atos não respeitarem os direitos fundamentais garantidos por sua Constituição[11].

Com a resposta, o Tribunal Constitucional espanhol entendeu que o conteúdo dos direitos fundamentais previstos na Constituição espanhola pode ser mais reduzido, quando se projetam para fora do ordenamento jurídico espanhol (Recurso de Amparo n. 6922-2008. *Stefano Melloni*. Sentencia 26, de 13 de febrero de 2014). O Tribunal Espanhol não adentrou, portanto, a questão do primado, mas resolveu o assunto mediante um argumento diverso, que já se encontrava presente em sua jurisprudência constitucional (LENAERTS, 2015, p. 30).

O acórdão *Melloni* contrariou boa parte da doutrina que defende a prevalência do nível mais favorável de proteção (ARAUJO, 2013; BESSELINK, 2014, p. 531-552; SILVEIRA; CANOTILHO, 2013. p. 609-15; GARCIA, 2002, p. 492-514; CORREIA; JESUS, 2014, p. 275-300). Todavia, a aplicação rigorosa do conteúdo do artigo 53.º, mediante os métodos de interpretação literal, sistemático e teleológico, dão razão ao posicionamento do TJUE. E muitos são os argumentos que o corrobora[12]. Convém,

[11] O mesmo entendimento foi mantido no Processo *Jeremy F. contra Premier ministre* (C-168/13 PPU);. Acórdão. ECLI:EU:C:2013:358. Também no Processo *Vueling Airlines SA* o TJUE decidiu que a disposição do direito da aviação civil espanhol, bem como a legislação de proteção do consumidor na Espanha que, interpretada em conformidade com tal disposição, garantia ao consumidor de serviço de transporte aéreo uma proteção maior que o conferido pelo artigo 22.°, n.° 1, do Regulamento (CE) n.° 1008/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de setembro de 2008, relativo a regras comuns de exploração dos serviços aéreos na Comunidade, não deveria prevalecer sobre este último. Cf. Processo *Vueling Airlines SA contra Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia* (C-487/12). Acórdão. EU:C:2012:487.

[12] Nesse sentido, um dos mais completos trabalhos encontrados, além da dissertação de Mariana

antes, analisar os argumentos contrários, que defendem a tese do princípio do nível mais elevado de proteção no direito europeu.

4. Argumentos em favor da tese de que o artigo 53.º veicula um princípio do nível mais elevado de proteção no direito europeu

A seguir, serão analisados argumentos doutrinários favoráveis à adoção da referida tese, seguidos da devida análise crítica.

4.1. A proteção dos direitos fundamentais seria um dos objetivos principais de criação da ordem jurídica eurocomunitária

Alguns defendem a tese de que o artigo 53.º estabeleceria um *standard* mínimo de proteção entre os Estados-Membros da UE, incluindo-se sua ordem jurídica interna, invocando-se os objetivos genéricos da criação da ordem eurocomunitária, como "a promoção do progresso econômico e social e de um elevado nível de emprego e a realização de um desenvolvimento equilibrado e sustentável", bem como "o reforço da defesa dos direitos e dos interesses dos nacionais dos seus Estados-Membros" (SILVEIRA; CANOTILHO, 2013. p. 615; SILVA, 2011, p. 24).

Essa tese, no entanto, assenta numa pré-compreensão de que todos os atos da União são contrários a tais finalidades, o que não é uma regra. Pode ocorrer que, na busca de um objetivo, muitas vezes sacrifica-se outro, razão pela qual, em caso de conflito, deve haver uma ponderação, o que já é realizado no processo legislativo e supervisionado pelo TJUE, em sede de controle jurisdicional. Tal ponderação,

---

Canotilho, é o *paper* do dinamarquês Jonas Bering Liisberg, apresentado em LLM à Harvard Law School, em 2001, intitulado "Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of community law? Article 53 of the Charter: a fountain of law or just an inkblot?" (Será a Carta de Direitos Fundamentais uma ameaça à supremacia do direito comunitário? Artigo 53 da Carta: uma fonte de direito ou apenas uma mancha de tinta?). O texto se encontra disponível em: <http://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/01/010401.html> (tradução nossa).

contudo, não pode ficar a cargo, em sede definitiva, das jurisdições nacionais, seja em razão das pressões internas a que estão sujeitas, seja pela competência específica do TJUE e sua visão comunitária, mais apta a zelar pela uniformidade da aplicação do direito da União.

Ademais, a própria origem da Carta[13] e o reconhecimento jurisprudencial do TJUE de limites conferidos pelos direitos humanos à atuação da União parece infirmar essa tese, consistindo tal catálogo, antes, na adoção de um rol próprio especificamente dirigido aos atos da União, e não às Constituições nacionais[14].

4.2. O nível mais elevado de proteção seria uma decorrência do próprio primado

Mariana Canotilho entende que a norma do direito interno de um Estado-Membro que confira maior proteção a um determinado direito fundamental pode obstar a aplicação de um ato da União que o viole concretamente, pois o artigo 53.º da CDFUE contemplaria uma exceção desejada pelo própria União à sua aplicação preferencial e que, assim, não se violaria o princípio do primado (SILVEIRA; CANOTILHO, 2013, p. 615).

Essa tese seria plausível se, a exemplo da anterior, se admitisse que a CDFUE fosse um instrumento criado para reforçar os direitos dos cidadãos de forma

[13] Nesse sentido, as discussões acerca da redação da Carta, assim resumidas por Mariana Canotilho: "Sublinhou-se ainda a ideia de que a Carta nada mais era do que um catálogo de direitos fundamentais (*bill of rights*) que a União impunha a si mesma, à semelhança dos catálogos constantes das constituições dos Estados-Membros (…)." cf. CANOTILHO, 2008.

[14] Deveras, os princípios e objetivos indicados no preâmbulo dos tratados e documentos afins, bem como nos documentos que precederam a adoção da Carta, reconhecem a importância do respeito aos direitos fundamentais, mas não como objetivo autónomo, e sim como condição de legitimidade da União Europeia. Vale dizer, a União Europeia não é criada para garantir aquele rol de direitos fundamentais previstos na Carta, mas para o progresso social e económico dos Estados-Membros e de seus cidadãos, com respeito àqueles direitos, cuja efetividade, sobretudo no que toca a direitos sociais ou aos demais que reclamam uma atuação positiva do Estado. Maria Luísa Duarte observa, ainda, que a incorporação dos direitos fundamentais na União Europeia foi um método concebido pelo TJCE como forma de "salvar o primado das excepções opostas pelos tribunais constitucionais", cf. DUARTE, 2006, p. 337.

autônoma, aumentando a proteção já conferida a tais direitos por outros instrumentos internacionais, dentre as quais a CEDH, o que já foi infirmado no item anterior. Se a interpretação da norma levasse à conclusão contrária, certamente o primado não seria um óbice e, nessa hipótese, teria razão a autora.

4.3. Os Estados-Membros não deram poder à União de infringir sua própria Constituição

Outra tese (empregada pelo Advogado-Geral Warner) é a de que, sendo a ordem eurocomunitária formada pela cessão parcial de soberania dos Estados-Membros, não se pode pensar que eles tenham também conferido à União o poder de infringir sua própria Constituição (SILVEIRA; CANOTILHO, 2013, p. 618).

Tal argumento é, de fato, bastante retórico e pode levar a tal conclusão. Contudo, também a pré-compreensão ali contida, a de que um ato da União que se oponha a uma Constituição nacional decorra de um poder conferido pelo Estado-Membro de infringir sua própria Constituição, não parece estar correta.

Com efeito, mesmo se admitindo a tese da soberania partilhada[15], seria inerente a essa transferência o livre uso do poder de autodeterminação da ordem jurídica superior, tal como se dá nas Federações, cabendo ao Estado-Membro promover a adequação de sua ordem interna às decisões tomadas pelo ente político cessionário da soberania parcial, nos limites a estas conferidos[16].

Isso porque quando se confere poder normativo a uma organização internacional, não se delega a competência para editar um conteúdo determinado, mas qualquer

[15] A tese da soberania partilhada, como menciona Habermas, ou da transferência parcial de soberania, encontra óbices na doutrina clássica do poder soberano. Sobre o tema cf. HABERMAS, 2012, p. 99 ss. A referida tese é infirmada por alguns autores e também pelo *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* – o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que preferem reconhecer uma competência atribuída (poder constituído), e não uma competência transferida (poder constituinte), cf. DUARTE, 2012, p. 125.

[16] De fato, o que há é uma delegação do exercício do poder soberano a uma entidade dotada de supranacionalidade. Embora difícil de divisar precisamente, a supranacionalidade não se identifica com o federalismo, como demonstra Ernst B. Haas, em uma das principais e primeiras obras sobre o tema, cf. HAAS, 1958, p. 32-59.

conteúdo possível dentro dos limites preestabelecidos. O controle definitivo de tais limites deve ficar a cargo das instâncias igualmente predeterminadas, o que, no caso da UE, é o TJUE, nos termos 267.º do TFUE, e não os tribunais nacionais. Assim, no âmbito das matérias que o Estado-Membro reconheceu o poder normativo da UE, ele o fez prevendo eventuais conflitos com sua ordem interna. A solução de tais conflitos, conquanto uma garantia mínima de observância aos princípios gerais do direito, às tradições constitucionais comuns e ao julgamento por um órgão especializado (TJUE) restasse assegurada, a existência de situações em que o padrão constitucional nacional tivesse que ceder seria previsível e inevitável. Não obstante, não se poderia, como pretendeu o *BVerfG* alemão[17] e a *Corte Costituzionale* italiana [Processo *Frontini* (Sentenza 183, de 18 de dezembro de 1973) e Processo *Granital* (Sentenza 170, de 5 de junho de 1984)] deixar a cada Estado-Membro a decisão jurisdicional final sobre sua competência, o que enfraqueceria o primado do direito da União e comprometeria sua uniformidade de aplicação[18].

Como a decisão política estatal de aderir a essa ordem jurídica autônoma rege-se pelo *pacta sunt servanda* e pelos demais princípios de Direito Internacional, se a medida proposta pela UE violar uma disposição fundamental do Estado, deverá ele decidir se é o caso de se retirar da União, nos termos do artigo 50.º do TUE, ou de encontrar alguma forma de harmonização, como fez o Tribunal Constitucional espanhol no caso *Melloni*[19]. Em

[17] As relações do *BVerfG* com o direito comunitário sempre foram marcados pela desconfiança e por uma posição de "cumprimento condicionada à observância dos padrões de proteção da Lei Fundamental de Bona". Cf. Processo 2 BvL 52/71. *Solange I*. Decisão de 29 de maio de 1974 e Processo 2 BvR 7/83. *Solange II*. Decisão de 22 de outubro de 1986, que não estão disponíveis no sítio do *BVerfG*, mas foram consultadas em DUARTE; ALVES, 2006, p. 21 ss. No caso *Bananas*, o *BVerfG* assume que apenas excecionalmente, quando estiver em causa uma redução do nível de proteção jusfundamental nacional, é que se justificaria uma "intervenção" da jurisdição nacional. Cf. Processo 2 BvL 1/97. *Bananas*. Decisão de 7 de junho de 2000. Ao apreciar a compatibilidade do Tratado de Lisboa com a Lei Fundamental de Bona, o *BVerfG* assume para si um papel de "controle de validade dos atos comunitários com sua Constituição". Processo 2 BvE 2/08. Acórdão do Segundo Senado de 30 de junho de 2009.

[18] Esse entendimento foi reafirmado recentemente no Processo *Peter Gauweiler* (C-62/14). Acórdão de 16 de junho de 2015. ECLI:EU:C:2015:400.

[19] Cf. Processo *Melloni* (Recurso de Amparo n. 6922-2008). De fato, tal ato voluntário do Estado não gera a si qualquer dever de infringir sua Constituição, mas apenas o compromisso firmado perante os demais Estados-contratantes, todos na igual condição de pessoas jurídicas de direito internacional, de tomar as medidas internas necessárias para adequação da sua ordem jurídica à ordem jurídica comunitária.

votação não unânime, em que se invocou a controvérsia sobre se a matéria de extradição integraria o âmbito de aplicação do direito da União, o pleno daquele Tribunal entendeu que o conteúdo dos direitos fundamentais previstos na Constituição espanhola pode ser mais reduzido, quando se projetam para fora do ordenamento jurídico espanhol[20].

4.4. Identidade constitucional dos Estados-Membros

Outro princípio reconhecido pela doutrina, que *prima facie* colide com o primado do direito da União, é o princípio da identidade constitucional ou nacional (ROSSI, 2013, p. 755).

Sem um conteúdo jurídico definido, o princípio da identidade nacional aparece como um limite à integração regional imposto pelos Estados-Membros. Por isso é natural que seu emprego tenha se iniciado pela jurisprudência constitucional nacional, antes da comunitária. De fato, sua origem é atribuída à jurisprudência constitucional italiana, sendo seguido pela alemã, francesa e espanhola (BON, 2014, p. 170 ss.), antes mesmo de sua incorporação nos tratados[21].

Daí porque Estados-membros como Portugal adotam dispositivos como o artigo 8.º, n.º 4, para internalizar automaticamente as normas comunitárias. Segundo o referido dispositivo: "As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.".

[20] Eis o trecho do acórdão: "De acordo com a doutrina deste Tribunal, quando os poderes públicos nacionais (entre o quais, o jurisdicional) reconhecem, homologam ou conferem validade a uma resolução adotada por uma autoridade estrangeira, podem incorrer em uma vulnerabilidade "indireta" de algum dos direitos fundamentais suscetíveis de amparo, quando aquela resolução puder ser considerada lesiva de um direito fundamental. Sem embargo, para o Tribunal Constitucional, enquanto os poderes públicos se achem vinculados de modo incondicionado *ad intra* pelos direitos fundamentais, tal como estes foram consagrados pela Constituição, o conteúdo vinculante dos direitos fundamentais quando se projetam *ad extra* é mais reduzido. Assim, no âmbito do direito a um processo com todas as garantias, não são todas as garantias que se encontram atreladas ao art. 24 CE, mas apenas suas exigências mais básicas ou elementares, aquelas que constituem a essência do processo justo, as que podem projetar-se na valoração da atuação dos poderes públicos estrangeiros, determinando, se for o caso, a inconstitucionalidade "indireta" da atuação da jurisdição espanhola que é aquela que, constitui propriamente o objeto de nosso controle(…)." (tradução nossa). Cf. Recurso de Amparo n. 6922-2008. Stefano Melloni. Sentencia 26, de 13 de febrero de 2014.

[21] Cf. artigo 4.º, n.º 2, do TUE. O termo apareceu, no entanto, pela primeira vez, com o Tratado de

O TJUE pouco emprega o princípio (BON, 2014, p. 177). Mesmo no recente caso *Gauweiler*, a despeito da invocação desse argumento pelas partes recorrentes nos processos que ensejaram o pedido de reenvio prejudicial ao TJUE, bem como de sua menção nas conclusões do Advogado-Geral (Processo *Gauweiler* (C-62/14). Conclusões do Advogado-Geral de 14 de janeiro de 2015. ECLI:EU:C:2015:7), o Tribunal limitou-se a infirmar que a matéria "não suscita efetivamente uma questão de excesso de poder manifesto ligada à identidade constitucional alemã" (Processo *Gauweiler (*C-62/14). Acórdão de 16 de junho de 2015. ECLI:EU:C:2015:400.

Sem um critério definido, o TJUE delimitou tal princípio negando sua invocação para afastar docentes estrangeiros (Processo C-473/93. *Comissão/Luxemburgo*. Acórdão de 2 de julho de 1996. ECLI:EU:C:1996:263), mas admitindo que a "identidade nacional de um Estado pode incluir a forma republicana e a abolição da nobreza"[22] e a proteção aos idiomas nacionais (Processo C-202/11. *Las*. Acórdão de 16 de abril de 2013 ECLI:EU:C:2013:239).

Trata-se, assim, de um critério bastante vago que pode ser utilizado, em sede de ponderação, para justificar o descumprimento de uma norma da União. Seu uso, porém, deve se assentar em raízes históricas e numa cultura arraigada e atingir a estrutura constitucional fundamental do Estado-Membro[23], o que não implica sua necessária prevalência, especialmente em conflito com outros valores. Nesse sentido, *v.g.*, um eventual pedido de extinção das touradas pode se opor à identidade nacional espanhola, o que será objeto de ponderação. Nos casos *Melloni* e *Jeremy*, no entanto, descabe invocar a identidade constitucional espanhola.

Massatricht. BON, 2014, p. 176.

[22] Processo C-391/09. *Runevič-Vardyn e Wardyn*. Acórdão de 12 de maio de 2011. ECLI:EU:C:2011:291. Cf. BON, 2014, p. 178.

[23] Ou, como reconhece Roberto Baratta, que essa *identidade constitucional* decorra de "(...) sua estrutura fundamental, política e constitucional, compreendido o sistema das autonomias locais e regionais". Cf. BARATTA, 2010, p. 550.

4.5. Os Estados-Membros poderiam invocar o disposto no artigo 46.º, n.º 1, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

Outro argumento possível de se invocar seria a possibilidade de aplicação do disposto no artigo 46.º, n.º 1, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que prevê a possibilidade de o Estado alegar a nulidade do tratado por vício no seu consentimento, quando tal consentimento violou norma considerada fundamental no seu direito interno[24].

Tal alegação, além de abrir espaço para a discussão de minúcias quanto ao que seria fundamental no direito interno de cada Estado contratante, bem como quanto às consequências e extensão da nulidade do tratado, já foi descartada pelo TJUE, o qual reconheceu, especialmente a partir do caso *Costa c. Enel*, que o tratado que instituía a Comunidade Econômica Europeia era diverso dos demais tratados ordinários, ou seja, que o direito comunitário e o direito internacional público são coisas distintas (Processo *Costa c. Enel* (C-6/64). Acórdão de 15 de julho de 1964. ECLI:EU:C:1964:66). Na mesma linha de raciocínio que permite distinguir o princípio previsto no artigo 53.º da CDFUE das normas de conteúdo análogo previstas em outros instrumentos jurídicos internacionais destinados à proteção dos direitos humanos, asseverou o TJUE o caráter autônomo da ordem jurídica eurocomunitária, característica essa que a distingue dos demais tratados ordinários, ainda que multilaterais. Desse modo, não poderia um Estado-Membro fazer valer o disposto no artigo 46.º, n.º 1, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, para justificar o não cumprimento de um ato da União.

[24] Dispõe o artigo 46.º, n.º 1, da Convenção de Viena – "Um Estado não pode alegar que o seu consentimento de se vincular por um tratado foi manifestado contrariamente a uma disposição do seu direito interno relativamente à competência para celebrar tratados, para invalidar seu consentimento, a menos que a violação tenha sido manifesta e diga respeito a uma regra do seu direito interno de fundamental importância" (tradução nossa).

5. Posição adotada

A doutrina anterior tenciona – de modo louvável – defender a maior efetividade possível dos direitos fundamentais, fim este a que não nos opomos, no campo axiológico. O problema é que não é isso que revela a literalidade do artigo 53.º da CDFUE, tampouco parece representar a *mens legislatoris* do dispositivo, quando se põe o conflito entre uma norma comunitária compatível com a CDFUE e uma norma do direito constitucional dos Estados-Membros.

Com efeito, a CDFUE está inserida num sistema jurídico autônomo – o sistema jurídico eurocomunitário –, tendo sido criado com o objetivo de proteger os direitos fundamentais e as liberdades dos cidadãos em face do direito criado por essa mesma ordem jurídica, e não com o objetivo de protegê-los contra atos quaisquer dos Estados, quando não estejam nesse âmbito normativo [25].

Essa peculiaridade da CDFUE leva inexoravelmente a uma interpretação restritiva do seu artigo 53.º, não se podendo admitir que normas de proteção dos direitos fundamentais provenientes do direito interno dos Estados-Membros, ainda que confiram uma proteção mais elevada a um determinado direito fundamental, possam ser invocadas contra norma expressa do direito da União, fora de seu âmbito de aplicação (SKOURIS, 2013, p. 239)[26].

Assim, o nível de proteção previsto no artigo 53.º apenas se impõe como *standard* mínimo no âmbito de aplicação do direito da União, ou seja, em caso de conflito intrassistêmico. Isso significa, tal como se dá no caso de eventual superposição normativa entre os sistemas jurídicos nacionais e o direito da União, que a CDFUE não tem o condão – por óbvio – de limitar o alcance dos direitos fundamentais previstos nesses outros instrumentos jurídicos.

---

[25] Nesse sentido, as discussões acerca da redação da Carta, assim resumidas por Mariana Canotilho: "Sublinhou-se ainda a ideia de que a Carta nada mais era do que um catálogo de direitos fundamentais (*bill of rights*) que a União impunha a si mesma, à semelhança dos catálogos constantes das constituições dos Estados-Membros (…)", cf. CANOTILHO, 2008, p. 115 ss.

[26] Cumpre salientar que já nos antecedentes de criação da União Europeia, a preocupação com a possibilidade de os Estados-membros alegarem a proteção comunitária dos direitos fundamentais contrariamente aos demais objetivos dos Tratados, fez com que retardasse a integração política e a adoção de um catálogo de direitos fundamentais, cf. DUARTE, 2006, p. 31 ss.

O caso *Melloni*, por sua vez, envolve um conflito intersistêmico entre uma norma de direito da União, no caso uma decisão, e uma disposição da Constituição espanhola, e não, como se verá adiante, um conflito intrassistêmico, porquanto a interpretação do artigo 24, n. 2, da Constituição Espanhola não pode ser considerada uma tradição constitucional comum[27], pois a Decisão-Quadro que regulamenta o mandado de detenção europeu só foi possível se for admitido um consenso por parte dos representantes dos Estados-Membros, que não violariam suas próprias Constituições.

Nesse sentido, há que se concordar com a interpretação adotada pelo TJUE no caso *Melloni*, que melhor reflete uma interpretação literal e histórico-teleológica do artigo 53.º da CDFUE, conforme as análises a seguir.

5.1. A mens legislatoris do artigo 53.º da CDFUE

A redação final do artigo 53.º da CDFUE, apesar do texto longo e de uma construção não tão aclaradora, revela um propósito de não interferência *intersistêmica* com a adoção do catálogo.

Conquanto, em geral, como reconhece Jonas Bering Liisberg, a história dos trabalhos preparatórios se mostre confusa e silente em alguns aspetos, o que limita o seu alcance normativo, especificamente em relação ao referido artigo 53.º, alguns de seus registros fornecem elementos relevantes para a exegese do dispositivo (LIISBERG, 2001, p. 19).

Com efeito, a preocupação original para adoção da norma estava voltada aos conflitos entre a CDFUE e a CEDH[28]. A primeira redação proposta da Carta não mencionava as Constituições dos Estados-Membros, apenas a CEDH, com o nítido propósito de assegurar que a proteção a ser por ela oferecida não fosse inferior àquela já garantida pela CEDH, a qual deveria se manter como *standard* mínimo de proteção

[27] Nesse sentido, como observa Jonas Bering Liisberg (2001, p. 39), alguns membros da Comissão até pretenderam colocar o termo *tradições constitucionais comuns* em vez de *constituições*, o que não foi aceito. Isso alteraria decididamente o alcance normativo do dispositivo.

[28] Mariana Canotilho (2008, p. 114 ss.) faz uma completa análise de todas as etapas de preparação da Carta, com enfoque no artigo 53.º, em sua dissertação de mestrado. Para uma análise mais abreviada, cf. CORREIA; JESUS, 2014, p. 283.

dos direitos fundamentais no espaço europeu (ANEXO ÚNICO). A disposição sofreu cinco alterações a partir da primeira proposta. Em todas elas, verificou-se alguma preocupação com o primado, com a uniformidade do direito da União e com o reconhecimento do papel do TJUE[29].

A terceira redação dada ao anteprojeto da CDFUE tem especial importância, pois acolheria a tese de garantia de um princípio mais elevado de proteção na Europa:

> *Nenhuma disposição da presente Carta pode ser interpretada como restringindo o alcance dos direitos garantidos pelo direito da União, pelo direito dos Estados-Membros, pelo direito internacional e pelas convenções internacionais ratificadas pelos Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia dos Direitos do Homem tal como a interpreta a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) (ANEXO ÚNICO).*

Essa tese, porém, não vingou. A substituição do termo "direito dos Estados-Membros" por "direito constitucional dos Estados-Membros" e a retirada da menção expressa ao TEDH, tida como desprestigiosa ao TJUE, bem como a adoção do termo "âmbito de aplicação", foram as alterações efetuadas até a redação em vigor (CORREIA; JESUS, 2014, p. 283).

A interpretação do dispositivo não pode olvidar, assim, a intenção do legislador em distinguir os âmbitos de aplicação material do direito da União e do direito dos Estados-Membros, de modo a evitar que disposições contidas no direito interno dos Estados-membros fossem oponíveis ao direito da União.

Por outro lado, a interpretação de que o artigo 53.º limitaria o primado, em detrimento do nível mais elevado de proteção oferecido pelas Constituições nacionais, seria uma interpretação politicamente impossível, especialmente porque tal poder não fora conferido à Convenção responsável por elaborar a Carta. Como observa Liisberg:

> *Tal interpretação implicaria um novo desenvolvimento no ordenamento jurídico europeu, completamente fora do mandato da Convenção, e teria que ser apoiada em evidências consistentes, não sendo suscetíveis de vincular o Conselho Europeu se e*

[29] Para Liisberg, no entanto, a questão do primado, embora tenha sido aventada por alguns representantes de Estados-Membros, não foi objeto de grandes debates, razão pela qual conclui, ao contrário do que parece considerar Mariana Canotilho, que a preocupação com o primado não assumiu uma "real" importância para a Comissão. Cf. LIISBERG 2001, p. 10-11. CANOTILHO, 2008, p. 121-122.

> *quando a Carta for incorporada. A interpretação é simplesmente politicamente impossível vista sob uma perspectiva comunitária. Todo o propósito de reforçar a proteção dos direitos humanos a nível comunitário é justamente para garantir que o princípio da supremacia não seja obstruído por sensibilidades constitucionais dos Estados-Membros (ver, por exemplo, a resolução do Parlamento de março de 2000, acima de 3.2.) (LIISBERG, 2001, p. 39).*

Ainda sob outro aspeto, a teoria de que o nível de proteção jusfundamental das Constituições nacionais poderia prevalecer sobre normas eurocomunitárias esbarraria em outro problema lógico: a dificuldade ou mesmo impossibilidade de sua interpretação e aplicação, sobretudo pelo juiz comunitário, que passaria a ter o dever de interpretar e aplicar as normas constitucionais de cada Estado-membro (DUARTE, 2006, p. 336).

Como demonstra Liisberg, o principal objetivo do artigo 53.º foi deixar claro que as Constituições nacionais não seriam substituídas pela Carta (LIISBERG, 2001, p. 35). Do mesmo modo, a possibilidade de a CDFUE poder contrariar disposições nacionais não era cogitado. Conclui-se, portanto, que, fora do âmbito de aplicação do direito da União, a Carta não vincula os Estados-Membros e, assim, não pode restringir ou lesar direitos reconhecidos em suas Constituições. Por outro lado, dentro do âmbito de aplicação do direito da União, pode a Carta reduzir ou lesionar os direitos fundamentais reconhecidos em seus sistemas jurídicos internos. Em outras palavras, diante de um conflito intersistêmico entre uma norma constitucional de um Estado-Membro que garanta maior proteção a um direito fundamental que o previsto no direito da União e uma disposição comunitária, esta, em regra, prevalecerá à luz do artigo 53.º da CDFUE.

5.2. A interpretação literal do artigo 53.º da CDFUE

Como observa Liisberg, a redação do artigo 53.º diz que "nada na Carta" deve restringir os direitos das Constituições nacionais. Ou seja, a Carta não poderia restringir, mas outros atos da União sim (LIISBERG, 2001, p. 35). Liisberg, porém, recusa dar alguma importância ao termo "âmbito de aplicação", o que torna sua

interpretação problemática, pois sem tal delimitação, a Carta seria um documento "quase inútil". O próprio autor considera essa possibilidade, com a qual se discorda[30].

Sem embargo, embora seja possível inferir sistematicamente que a CDFUE apenas se aplica no âmbito do sistema jurídico eurocomunitário, tal previsão no artigo 53.º não é de todo inócua; antes visa justamente infirmar qualquer interpretação em sentido contrário (SILVEIRA; CANOTILHO, 2013, p. 609-610).

Também se extrai da literalidade do referido artigo que a Carta não reduz ou lesiona os direitos fundamentais reconhecidos pelas Constituições dos Estados-Membros, quando não estão aplicando o direito da União. Logo, *a contrario sensu*, quando não estão aplicando o direito da União, não há alcance jurídico da Carta, pelo que também não se poderia falar que ela reduziria ou lesionaria qualquer outra norma da Constituição dos Estados-Membros.

Ademais, a redação final do artigo 53.º da CDFUE contempla duas normas diversas: a de um princípio de solução de conflitos intersistêmicos e a de um princípio de solução de conflitos intrassistêmico.

Deveras, a decomposição gramatical do dispositivo permite visualizar isoladamente as seguintes sentenças:

> *1 - Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos fundamentais reconhecidos pelo direito da União, no seu respectivo âmbito de aplicação.*
>
> *2 – Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos fundamentais reconhecidos pelo direito internacional, pelas convenções internacionais em que são partes a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a proteção dos direitos do Homem ou das Liberdades Fundamentais, no seu respectivo âmbito de aplicação.*
>
> *3 - Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos fundamentais reconhecidos pelas Constituições dos Estados-Membros, no seu respectivo âmbito de aplicação.*

[30] É verdade, como observava Liisberg, que o termo "âmbito de aplicação" seria um conceito, ao mesmo tempo, impreciso e muito abrangente. Ele desconsiderou, no entanto, a jurisprudência do TJUE, que delimitaria tal abrangência.

A primeira norma, ao mencionar que a Carta não pode restringir os *demais direitos fundamentais* previstos pelo direito da União, cumpre uma função intrassistêmica.

Nesse caso, quando os Estados-Membros estão aplicando o direito da União, não há propriamente dois sistemas jurídicos, mas um sistema único do direito da União. Em decorrência, a interpretação de conflitos normativos no âmbito do direito da União observará os critérios hermenêuticos intrassistêmicos, não os critérios intersistêmicos, funcionando o artigo 53.º como princípio de interpretação intrassistêmico. O conteúdo desse princípio é o estabelecimento do *princípio do nível mais elevado de proteção dos direitos fundamentais* no sistema jurídico eurocomunitário. Isso significa que, no âmbito de aplicação do direito da União, a Carta estabelece um *standard* mínimo.

O sistema jurídico eurocomunitário é formado pelo conteúdo dos tratados institutivos, pelos documentos anexos, pela Carta e pelos demais atos da União. Em decorrência dos tratados institutivos e da própria Carta, dele fazem parte a CEDH e as tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros. [31] Em tais sistemas, porém, como se dá com a própria CEDH, a proteção conferida não está voltada a uma ordem jurídica específica, consistindo num contrato firmado entre os Estados-Membros com o objetivo de se atingir determinado nível de proteção.

---

[31] Apenas, no entanto, são reconhecidas as tradições constitucionais "comuns", aquelas que alcançaram na evolução do constitucionalismo um considerável consenso, não quaisquer disposições específicas contidas em determinada ordem constitucional. Tal reconhecimento se deu inicialmente pelo TJUE, no caso *Internationale Handelsgesellschaft*. Cf. Proc. C-11/70. Acórdão: ECLI:EU:C:1970:114. Considerando 4. Observa ainda Maria Luísa Duarte que há pouca identidade entre os catálogos de direitos fundamentais previstos nas diversas Constituições, podendo as tradições constitucionais comuns serem reduzidas ao princípio do Estado de Direito e ao esforço de garantir a efetividade de aplicação do direito comunitário. Nesse sentido, cf. DUARTE, 2006, p. 136 e 139. A jurisprudência do TJUE, todavia, não tem sido clara sobre a distinção entre as tradições constitucionais comuns e as constituições nacionais individualmente consideradas. No acórdão citado (considerandos 3 e 4). Também no caso *Wachauf* não foi feita uma delimitação precisa sobre o que seriam tradições constitucionais comuns, limitando-se o Tribunal, nos considerandos 17 e 18, a afirmar uma certa relativização de tais fontes diante do sistema eurocomunitário. Cf. Proc. 5/88. Acórdão: ECLI:EU:C:1989:321. Já no caso *Omega*, o considerando 37 do acórdão proferido pelo TJUE parece dar a ambas as fontes o mesmo peso, ao mencionar: "(...) não é indispensável que a medida restritiva adoptada pelas autoridades de um Estado-membro corresponda a uma concepção partilhada pela totalidade dos Estados-membros no que respeita às modalidades de proteção do direito fundamental ou do interesse legítimo em causa." Processo Omega (C-36/02). Acórdão. ECLI:EU:C:2004:614.

Por outro lado, ao contrário do conflito intersistêmico, que requer uma análise mais complexa[32], o conflito intrassistêmico entre princípios exigirá o mesmo processo de ponderação empregado nos sistemas jurídicos nacionais (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 259), sobretudo aquele verificado nos Estados constitucionalmente descentralizados.

Já as duas últimas normas, no entanto, possuem alcance intersistêmico, afirmando, talvez desnecessariamente, que a CDFUE vincula os destinatários apenas no âmbito de aplicação do direito da União. Ela não reduz o nível de proteção conferido pelo direito internacional, pela CEDH e pelas Constituições dos Estados-Membros, quando não há incidência do direito da União.

Trata-se, por outro lado, de uma delimitação do âmbito negativo de aplicação da CDFUE, as quais correspondem ao direito de competência exclusiva dos Estados-Membros e de outras entidades comunitárias ou internacionais.

5.3. A interpretação sistemática do artigo 53.º da CDFUE

A prevalência, em regra, do primado do direito da União sobre a proteção jusfundamental nacional já poderia ser inferida a partir da conceção de preempção, que estabelece as respectivas competências materiais e, em decorrência, os respectivos âmbitos de aplicação dos sistemas normativos autônomos. Não obstante, diante de sua redação confusa, o artigo 53.º foi interpretado por parte da doutrina como uma norma que infirma – e não que confirma – o primado do direito da União.

Além dos demais argumentos já analisados, essa tese se funda na pré-compreensão de que as Constituições nacionais constituem fontes do direito da União, o que não corresponde à arquitetura do sistema jurídico eurocomunitário, como se demonstra na figura abaixo:

[32] Especificamente sobre a peculiar interpretação exigida em um ambiente interconstitucional, cf. CANOTILHO, 2006, p. 257.

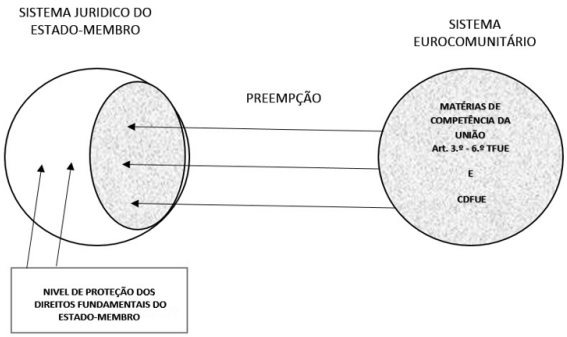


Fig. 1

O círculo à esquerda representa o sistema jurídico do Estado-Membro. A parte branca representa o âmbito de aplicação do Direito do Estado-Membro (competências exclusivas do Estado-Membro), em que incide a proteção *jusfundamental* de sua Constituição. O círculo à direita representa o sistema jurídico eurocomunitário (competências da União Europeia ou dos Estados-Membros quando estes aplicam o direito da União), em que incide a proteção *jusfundamental* da União Europeia, determinada pela CDFUE, pela CEDH e pelas tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros. A parte cinza, que está dentro do círculo à esquerda, representa o campo de aplicação do direito da União no âmbito dos Estados-Membros por força da preempção.

Assim, nos termos do artigo 6.º do TUE, apenas as tradições constitucionais comuns integram o direito da União, e não as Constituições individualmente consideradas. Desse modo, um ato jurídico do direito da União encontrará limites na proteção jusfundamental reconhecida pelo sistema jurídico eurocomunitário, que não inclui a proteção jusfundamental prevista isoladamente em determinado Estado-Membro.

Há que se reconhecer que os atos normativos da União, durante seu processo legislativo, já são objeto de um sopesamento diante da proteção jusfundamental da UE. No caso de matérias em que se exige uma uniformidade normativa, como se deu no processo *Melloni*, o Parlamento Europeu não estuda cada uma das Constituições para atestar que a medida não viola nenhuma Constituição nacional. Não obstante, diante da previsão de observância da subsidiariedade, o sistema jurídico da União garante, nos termos do artigo 6.º do Protocolo (n.º 2) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, o direito de qualquer Estado-Membro, mediante seu Parlamento nacional ou qualquer de suas Câmaras, questionar o Parlamento Europeu quando considerar que o projeto não observa a subsidiariedade.

Não obstante, dada a delimitação do âmbito de aplicação, especialmente a que é feita pelo TJUE, também já analisada, não basta se tratar de um ato comunitário,

tampouco que o caso concreto esteja no âmbito material de competência da UE, para que se possa entender pela atração da proteção jusfundamental comunitária, devendo ser considerados alguns elementos de atração do direito da União, como a intenção de o Estado-Membro aplicar o direito da União e a existência de um nexo relevante com este.

Há ainda que se distinguirem as situações de conflito entre os diversos tipos de atos normativos do direito da União e as disposições constitucionais nacionais. Embora a regra seja a prevalência do direito da União, haverá hipóteses em que prevalecerá o nível mais elevado de proteção. Nesse sentido, é importante destacar que a atração ou não do âmbito de aplicação do direito da União e, por conseguinte, a definição quanto ao tipo de conflito que apresentará o caso concreto variará de acordo com a natureza da norma eurocomunitária envolvida[33].

		CONSTITUIÇÃO ESTADO-MEMBRO
1	TRATADO	Direito da União
2	CDFUE (CEDH)	Nível mais elevado de proteção
3	REGULAMENTO DA EU	Direito da União
4	DECISÃO	Direito da União
5	DIRETIVA DA UE	Direito da União, quanto aos fins e o nível mais elevado de proteção quanto aos meios.

Quadro 1

Assim, diante de um conflito entre um ato normativo da União e a proteção jusfundamental nacional, deve o juiz nacional percorrer o seguinte *iter* analítico, para sua solução: 1) avaliar se o caso concreto ou norma impugnada se encontra no âmbito de aplicação do direito da União; 2) se não, o nível de proteção jusfundamental previsto na Constituição nacional poderá ser seguido, sem embargo de o Estado-Membro, a seu critério e de acordo com suas normas internas, pretender acolher o nível eurocomunitário; 3) se sim, deverá ser analisado o tipo de ato normativo; 4) no

[33] O Quadro 1 demonstra o conflito entre o direito da União e as normas constitucionais dos Estados-Membros protetoras de direitos fundamentais. A segunda coluna contém as fontes formais do direito da União. As fontes complementares à CDFUE, dentre as quais a CEDH, são consideradas na mesma linha da CDFUE. A terceira coluna representa o que deve prevalecer, em regra, em caso de conflito – o direito da União, ou o nível mais elevado de proteção do direito fundamental envolvido.

caso de conflito da disposição constitucional com uma norma prevista diretamente nos Tratados institutivos, em uma decisão ou em um regulamento, prevalecerá o ato do direito da União, por força da preempção e do primado; 5) no caso de conflito direto entre uma disposição da CDFUE e uma norma constitucional do Estado-Membro, poderá o Estado-Membro invocar o seu nível mais elevado de proteção apenas quando este não se oponha a outro ato normativo do direito da União ou a interesse de outro Estado-Membro amparado na CDFUE ou na CEDH; 6) no caso de conflito entre uma disposição constitucional do Estado-Membro e uma diretiva, poderá ser adotado o nível mais elevado de proteção como limite aos meios adotados pelo Estado-Membro, mas este não poderá ser invocado para infirmar os fins da própria diretiva.

Finalmente, nas hipóteses em que o ato contestado ou fato jurídico estiver no âmbito de aplicação do direito da União, e não puder ser invocado o nível nacional de proteção, ainda que maior, deverá ser observada a compatibilidade com o nível de proteção jusfundamental previsto no direito da União, contido na CDFUE, na CEDH e nas tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros, deixando-se de aplicar a norma interna, apenas *in casu*. Em decorrência, a desconformidade da norma nacional com a norma europeia resolve-se no plano da eficácia, não da validade (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 271; QUADROS, 2013, p. 517).

6. Conclusão

A tese de que o artigo 53.º da CDFUE veicularia um nível mais elevado de proteção no espaço europeu assenta em argumentos que sua exegese literal, sistemática e teleológica infirma.

A invocação dos objetivos genéricos da criação da ordem jurídica eurocomunitária e o argumento de que os Estados não poderiam ter delegado à União poderes de contrariar sua própria Constituição fundam-se em pré-compreensões que, por um lado, apegam-se, no plano axiológico, a um ideal de União Europeia que não representa, ainda, um consenso político dentre os Estados-Membros e, por outro, desconsideram a *práxis* dos mecanismos de repartição de competências e de articulação intersistêmicos.

Já a identidade constitucional pode, excecionalmente e em sede de ponderação entre princípios, servir de argumento oponível à prevalência do direito da União, em caso de confronto com uma norma jusfundamental dos Estados-Membros. Dado seu conteúdo aberto, posto que determinável, a identidade constitucional deve se assentar em raízes históricas e numa cultura arraigada, bem como atingir a estrutura constitucional fundamental do Estado-Membro.

Sem embargo dessa exceção, as normas de direito da União devem prevalecer, em regra, sobre o padrão nacional de jusfundamentalidade, em decorrência da preempção e do primado, como reconheceu o TJUE no caso *Melloni* e decorre da exegese do artigo 53.º da CDFUE.

De fato, a interpretação gramatical do dispositivo demonstra a existência de dois tipos de normas diversas: um princípio intrassistêmico, que garante o nível mais elevado de proteção jusfundamental no sistema jurídico eurocomunitário, e um princípio intersistêmico, que garante o respeito ao padrão de jusfundamentalidade adotado em cada sistema jurídico (nacional, convencional ou internacional).

À mesma conclusão é possível chegar mediante a análise da *mens legislatoris* do artigo 53.º da CDFUE, a qual evidencia a vontade do legislador comunitário em distinguir os âmbitos de aplicação material do direito da União e do direito dos Estados-Membros, de modo a evitar que disposições contidas no direito interno dos Estados-Membros sejam oponíveis ao direito da União.

Também descabe invocar a proteção jusfundamental da Constituição nacional, ao fundamento de que ela seria uma fonte do direito da União, porquanto deste fazem parte a CEDH e as tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros, não as Constituições isoladas. Desse modo, um ato jurídico do direito da União encontrará limites na proteção jusfundamental reconhecida pelo sistema jurídico eurocomunitário, que não inclui a proteção jusfundamental prevista isoladamente em determinado Estado-Membro.

Por outro lado, sua análise sistemática, especialmente em face do disposto no seu artigo 51.º, demonstra que a Carta se destina apenas a limitar os atos do direito da

União, e não constituir, a exemplo do que se dá com a CEDH, um padrão europeu de jusfundamentalidade.

Tais normas, é sempre bom recordar, são produzidas após um processo legislativo em que se consideram, a par das competências e das demais regras da União, também os princípios, dos quais fazem parte a CDFUE e as tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros. Da exigência de uniformidade que a ordem jurídica eurocomunitária impõe (como o faz qualquer ordem jurídica autónoma) decorre que normas como a Decisão-Quadro em questão sejam produto de uma ponderação legislativa que considerará as tradições constitucionais comuns. Se o dispositivo previsto na Constituição espanhola estivesse presente nas demais Constituições dos Estados-Membros, certamente a Decisão-Quadro possuiria outro conteúdo. Um entendimento diverso levaria ao reconhecimento de um controle de constitucionalidade interno dos atos eurocomunitários, o que, além de subverter a ordem natural do processo de integração, geraria um estado de insegurança jurídica incompatível com a vida de qualquer pacto, mormente dos pactos internacionais. Poder-se-ia admitir, por outro lado, *de lege ferenda*, uma necessidade de os atos normativos da União observarem o nível máximo de proteção jusfundamental previsto em cada uma das Constituições nacionais, mas não foi essa a regra adotada.

Não obstante, há que se distinguirem as diferentes situações de conflito entre os diversos tipos de atos normativos do direito da União e as disposições constitucionais nacionais. Embora a regra seja a prevalência do direito da União, haverá hipóteses em que prevalecerá o nível mais elevado de proteção. É o que se dá, por exemplo, quando houver um conflito direto entre uma disposição da CDFUE e um direito fundamental nacional ou, no caso de uma transposição de diretiva, quanto aos meios escolhidos pelos Estados-Membros para se atingir os fins propostos pela norma eurocomunitária.

Desse modo, há que se concordar com a posição do TJUE no caso *Melloni*. Deveras, no referido processo, o juiz nacional espanhol se viu diante de um aparente conflito entre o padrão jusfundamental da Constituição espanhola e ato do direito da União. No entanto, aplicando-se a preempção, observa-se que a cooperação entre os

Estados-Membros em matéria de extradição, ao contrário do que entendem alguns (especialmente juízes do Tribunal Constitucional espanhol) é matéria que integra o sistema jurídico eurocomunitário. Logo, o juiz nacional deve aplicar ao caso o direito da União. Diante de uma disposição diversa na Constituição nacional, o princípio do primado exige a prevalência material determinada pela preempção.

Aplicando-se, assim, o direito da União, há que saber se a Decisão-quadro que regulamenta o mandado de detenção europeu é compatível com o padrão de jusfundamentalidade da União. Como o TJUE constatou sua compatibilidade, não poderia o Estado-Membro lhe opor norma específica prevista apenas em sua Constituição, e não uma norma universalizável a que pudesse se atribuir o caráter *de tradição constitucional comum.*

Bibliografia

ARAUJO, Cassandra Pinhel. La protection des droits fondamentaux dans l'union européene à la lumière de charte des droits fondamentaux – Mémoire de master 2 recherche droit international, européen et compare, 2013. *Les m*émoires *de l'*é*quipe de droit international, Européen et comparé*, n.º4. Disponível em http://ediec.univ-lyon3.fr/publications . Acesso em: 18 jul. 2015.

BARATTA, Roberto. Le competenze interne dell'unione tra evo luzione e principio di reversibilità. *Il diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, v. 3, p. 517-564, 2010.

BESSELINK, Leonardo F. M. The parameters of constitucional conflict after Melloni. *European Law Review*. v. 39, n.º 4, p. 531-552, ago. 2014.

BON, Pierre. La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 100, p. 167-188, ene./abr. 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Brancosos e interconstitucionalidade*: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada.* 4.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, Mariana Rodrigues. *O princípio do nível mais elevado de proteção em matéria de direitos fundamentais*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

CORREIA, Pedro Miguel Alves Ribeiro; JESUS, Inês Oliveira Andrade de. O princípio do nível de proteção mais elevado: análise do artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à luz do acórdão Melloni. *Estudios Constitucionales*, ano 12, n.º 2, 2014, p. 275-300. Disponível em: http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n2/art09.pdf . Acesso em: 15 abr. 2015.

DUARTE, Maria Luísa. *União europeia e direitos fundamentais:* no espaço da internormatividade. Lisboa: AAFDL, 2006.

_____. *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Coimbra: Almedina, 2012.

DUARTE, Maria Luísa; ALVES, Pedro Delgado. *União Europeia e jurisprudência constitucional dos Estados-Membros*. Lisboa: AAFDL, 2006.

GARCIA, Alonso. The general provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. *European Law Journal*, v. 8, n. 4, p. 492-514, dec. 2002.

HAAS, Ernst B. *The uniting of Europe*: political, social, and economic forces 1950-1957. Indiana: University of Notre Dame Press, 1958.

HABERMAS, Jürgen. *Um ensaio sobre a constituição da europa*. Trad. Marian Toldy e Terese Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012.

LIISBERG, Jonas Bering. Does the Eu Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of community law? Article 53 of the Charter, a fountain of law or just an inkblot? *The Jean Monnet Working Papers*, New York, n.º 4, 2001. Disponível em: http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/01/010401html .Acesso em: 25 jul. 2015.

LENAERTS, Koen. EU values and societal change: the role of the Courte of Justice European Union. In: *Policy within and through law*: proceedings of the 2014 ACCA – conference. BRUYNE, Jain De; BROECK, Michaël de Potter de ten; HIEL, Isabelle Van (eds.). Antuérpia, Apeldoorn, Portland: Maklu-Publishers, p. 17-34, 2015.

MARTINS, Ana Maria Guerra. A proteção dos direitos fundamentais em Portugal e a Constituição Europeia. *Revista de Estudos Europeus*, Almedina, ano 1, n.º 2, p. 113-147, jul./dez. 2007.

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

ROSSI, Lucia Serena. L'unione europea e il paradosso di zenone. riflessioni sulla necessità di una revisione del trattato di lisbona. *Il Ddritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, v. 4, p. 749-770, 2013.

SILVA, Susana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana. (coords.). *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.

SKOURIS, Vassilios. Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Akerberg Fransson. *Il diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè Editore, n.º 2, p. 229-244, 2013.

O estado da arte da Crise Migratória na União Europeia sob a ótica dos direitos humanos

The state of the art of the Migratory Crisis in the European Union from the human rights point of view

Maria Teresa Alves*

RESUMO: Neste artigo temos como propósito mapear as medidas adotadas pela União Europeia para responder às necessidades prementes da crise migratória e perceber que implicações têm no âmbito dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: União Europeia; crise migratória; direitos humanos; zonas dos pontos de crise; recolocação; Declaração UE-Turquia.

ABSTRACT: This paper aims to map the measures adopted by the European Union to respond to the pressing needs of the migratory crisis, and to realize the implications they have for human rights.

KEYWORDS: European Union; migratory crisis; human rights; hotspot areas; relocation; EU-Turkey Summit.

* Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho.

1. Introdução

"Crise" tem sido um dos termos adotados para descrever a chegada de migrantes e de requerentes de asilo à Europa, nos últimos anos. Neste caso particular, já qualificado como a maior crise humanitária alguma vez enfrentada pela União Europeia e uma das maiores desde o final da Segunda Guerra Mundial, não poderá, segundo a nossa perspetiva, ser imputada à chegada de um afluxo massivo de migrantes e de requerentes de proteção internacional. Pelo contrário, deverá ser reflexo de uma política comum da União em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária, cuja configuração evidenciou sempre aspetos controversos. É também uma crise de solidariedade, uma vez que os Estados-Membros demonstram ser incapazes de encontrar uma abordagem comum e de cooperarem com os Estados-Membros mais procurados pelos migrantes e requerentes de proteção internacional.

Perante o exposto, neste artigo pretendemos mapear as medidas adotadas pela União Europeia para enfrentar esta crise migratória sem precedentes e perceber que implicações têm no âmbito dos direitos humanos. Recorremos, maioritariamente, à análise de fontes primárias, em virtude da atualidade do objeto de investigação, mas também devido ao próprio objeto de investigação *per se*.

2. Contextualização da crise migratória na União Europeia

O ano de 2015 foi marcado por uma crise migratória na União Europeia (UE), assistindo-se à maior deslocação de pessoas em massa, desde a Segunda Guerra Mundial[1]. Segundo a Organização Internacional para as Migrações (à qual passo a designar por OIM), 1.046.599 migrantes, oriundos do Médio Oriente, Afeganistão e Norte de África, chegaram à UE naquele ano[2] – de entre os quais, 34.887 provenientes

[1] "O ano de 2015 foi marcado por uma crise migratória na União Europeia (UE) com precedentes equivalentes à crise de refugiados do pós IIª Grande Guerra e à crise de refugiados da Guerra da Jugoslávia" (Gil, 2016, p. 955).

[2] Informação obtida na página oficial da Organização Internacional para as Migrações (OIM),

de rotas terrestres e 1.011.712 de rotas marítimas[3], que adiante analisaremos. A Grécia e a Itália foram os Estados-Membros que maior número de migrantes receberam no seu território, numa totalidade de 857.363 e 153.842 migrantes, respetivamente[4]. De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), a maioria das pessoas que chegaram à UE, em especial, àqueles Estados-Membros, são oriundas de países em guerra, ou que de outra forma são considerados "produtores de refugiados"[5], pelo que carecem de proteção internacional. No final de 2015, segundo o ACNUR, a Agência Europeia de Apoio ao Asilo (EASO), o Parlamento Europeu e o EUROSTAT, 1.040.800 pessoas aguardavam uma decisão sobre o seu pedido de proteção internacional na UE, tendo o volume de pedidos pendentes mais do que duplicado em relação a 2014 que registou um total 626.960 pedidos de asilo[6].

Segundo a OIM e o ACNUR, em 2015, 3.770[7] migrantes perderam a vida na "perigosa passagem marítima do Mediterrâneo" (BERTIN; LIN; TENNANT; TARAN, 2016). E "quase 90% dos refugiados e migrantes pagaram a grupos de

---

https://www.iom.int, https://www.iom.int/sites/default/files/situation_reports/file/Mixed-Flows-Mediterranean-and-Beyond-Compilation-Overview-2015.pdf [10.02.2017].

[3] Informação obtida na página oficial da OIM, *op. cit* [10.02.2017].

[4] Informação obtida na página oficial da OIM, *op. cit* [10.02.2017]; "Fig.13 – Demographics based on arrival since 1 Jan 2015: 25% Children, 17% Woman, 18% Men". Informação obtida na página oficial do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), http://www.unhcr.org/, http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends-2015.html [07.02.2017].

[5] A Bulgária, Espanha, Chipre e Malta foram os restantes países de entrada para a União Europeia mais procurados pelos migrantes referidos, num total de 31.174, 3.845, 269 e 106 migrantes, respetivamente. Informação obtida na página oficial do ACNUR, *op. cit*. [7-02-2017].

[6] Informação obtida na página oficial do ACNUR, *op. cit*. [07.02.2017]; Informação obtida na página oficial do Gabinete Europeu de Apoio ao Asilo (EASO), https://www.easo.europa.eu, https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/PT_TRA-Annual%20Report%202015%20key%20findings.pdf [05.03.2017]; Informação obtida na página oficial do Parlamento Europeu, http://www.europarl.europa.eu/, http://www.europarl.europa.eu/external/html/welcomingeurope/default_pt.htm [10.02.2017]; Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, https://ec.europa.eu/, http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/6887997/3-18062015-CP-EN.pdf/4457b050-26f9-4cf1-bf27-9ffb73ff8c7b, http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/6996925/3-18092015-BP-EN.pdf/b0377f79-f06d-4263-aa5b-cc9b4f6a838f, http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7105334/3-10122015-AP-EN.pdf [12.02.2017].

[7] Informação obtida na página oficial da OIM, *op. cit*. [10.02.2017]; Informação obtida na página oficial do ACNUR, *op. cit*. [7.02.2017].

crime organizado e passadores para os fazerem atravessar fronteiras"[8], pelo que, são classificados como migrantes "em situação irregular"[9], isto é, não entraram no território da UE por meios legais. De acordo com o Parlamento Europeu, considerando o número de mortes no Mediterrâneo referidos *supra* (3. 770), num total de 5.350 mortes de migrantes em todo o mundo, durante a viagem do país de origem para o destino final, em 2015, "o Mar Mediterrâneo constitui hoje a região migratória mais perigosa do mundo"[10]. Desde 2015, "os recursos e os meios destinados às operações da UE no mar triplicaram, ajudando a salvar mais de 400.000 pessoas no Mediterrâneo"[11]. Porém, "o aumento da migração ao longo da rota do Mediterrâneo Central, [implicou] igualmente níveis sem precedentes de perdas de vidas no mar"[12]. Em 2016, estima-se, "no final de Novembro, [cerca] de 4.690 mortes" (GROS et. al., 2017, interpolação nossa), tendo o ano terminado com um total de 5.082 mortes[13]. E até 28 de maio de 2017, segundo a OIM, assistimos a um total de 1.569 mortes[14].

À medida que a guerra envolve países do Médio Oriente e do Norte da África, espera-se ainda mais pessoas para tentarem a viagem. Além de que, o ACNUR alerta para um futuro fluxo migratório forçado, a nível mundial, cujos motivos sejam fenómenos ambientais. Este estudo tem por base o relatório de Estimativas Globais do *Internal Displacement Monitoring Centre* (IDMC), realizado em 2015, que refere que "desde 2008, uma média de 26.4 milhões de pessoas por ano foram deslocadas das suas casas por desastres provocados por perigos naturais. É o equivalente a uma

[8] Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/refugee-crisis/pt/ [03.01.2017].

[9] Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, *op. cit.*, p 2.

[10] Informação obtida na página oficial do Parlamento Europeu, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/535005/EXPO_STU%282015%29535005_EN.pdf [10.02.2017]; Informação obtida na página oficial da OIM, http://missingmigrants.iom.int/sites/default/files/Mediterranean_Update_16_October.pdf [14.10.2016].

[11] Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, europa.eu/rapid/press-release_IP-17-134_pt.pdf [25.01.2017].

[12] Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, *op. cit.* (interpolação nossa).

[13] Informação obtida na página oficial da OIM, http://migration.iom.int/docs/2016_Flows_to_Europe_Overview.pdf [12.04.2017].

[14] Informação obtida na página oficial da OIM, http://missingmigrants.iom.int/mediterranean-migrant-arrivals-reach-69574-2017-deaths-1569 [29.05.2017].

pessoa deslocada por segundo"[15]. E "a não ser que medidas fortes de mitigação e adaptação ao clima sejam implementadas em todo o mundo, juntamente com medidas de preparação para desastres e redução de risco de desastres, espera-se que essa tendência aumente"[16].

2.1. As Principais Rotas Migratórias

Existem três rotas migratórias principais utilizadas pelos migrantes para chegar à União Europeia[17]:

(i) Rota Ocidental – que serve de passagem entre o Norte de África e a Península Ibérica, incluindo a rota terrestre nas cidades de Ceuta e Melilha. É maioritariamente utilizada por marroquinos, senegaleses, mauritanos, argelianos e subsaarianos. Até 2008, a rota terrestre de Melilha foi uma das mais movimentadas, devido à falta de controlo, mas o aumento das medidas de segurança e vigilância, juntamente com a difícil situação económica vivida em Espanha, interrompeu a pressão migratória sobre as fronteiras espanholas até 2014, quando se voltou a intensificar, em virtude das guerras no Mali, Sudão e Nigéria;

(ii) Rota Central – que conecta os países do Norte de África com Malta e as regiões Italianas de Lampedusa, Calabria, Sicillia e Apulia. Nesta rota, têm grande importância a Tunísia e a Líbia, uma vez que são o nexo a partir do qual os imigrantes do Corno de Africa e da zona saeliana podem chegar à Europa;

(iii) Rota Oriental – que é utilizada pelos migrantes que atravessam a

[15] Informação obtida na pagina oficial do ACNUR, http://www.refworld.org/docid/561f670a4.html [12.04.2017].

[16] Informação obtida na pagina oficial do ACNUR, *op. cit.* [12.04.2017].

[17] Informação obtida na página oficial do Centro de Informação Europeia Jacques Delors, http://www.eurocid.pt/ http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=9603&p_est_id=18264 [27.03.2017].

> fronteira turca para a Grécia ou Bulgária. Desde 2008, esta rota tem-se convertido na mais importante quanto à quantidade de pessoas que a utilizam, devido principalmente à guerra civil síria e aos conflitos no Médio Oriente, sendo as nacionalidades mais comuns os sírios, afegãos e somalis. Esta rota era de tipo terrestre, mas a partir da construção de um muro na fronteira grego-turca, em 2012, "passou a ser marítima e mais perigosa"[18].

2.1.1. Migrantes e Refugiados – distinção conceptual

Para uma melhor compreensão desta investigação, consideramos fundamental traçar uma distinção conceptual entre migrantes económicos e refugiados. O primeiro grupo de pessoas "procura melhores condições de vida, do ponto de vista socioeconómico" (NASCIMENTO; FREIRE, 2016, p. 136) ou em alguns casos por razões de educação, de reunião familiar e não encontram impedimentos para regressarem ao seu país de origem, continuando a receber proteção governamental, se optarem pelo regresso. Os países em causa lidam com os migrantes de acordo com as suas próprias leis e processos de imigração[19]. Diferentemente, os refugiados, que representam a maioria das pessoas que procuram chegar à União Europeia, fogem à guerra e/ou à perseguição no seu país de origem e nacionalidade, existindo uma base de proteção legal e obrigatória, definida internacionalmente e concretizada na Convenção de Genebra de 1951 e no Protocolo de Nova Iorque de 1967. Nestes instrumentos de direito internacional, encontramos definido o estatuto de refugiado e os critérios de proteção que este estatuto garante, estabelecendo "uma 'proteção contratual' a uma escala sem precedentes" (GRAHL-MADSEN, 1966, p. 278), com o compromisso dos Estados-parte e "cuja matriz de proteção dos refugiados é,

[18] Informação obtida na página oficial do Centro de Informação Europeia Jacques Delors, *op. cit.* [27.03.2017].

[19] Informação obtida na página oficial do ACNUR, http://www.unhcr.org/news/latest/2015/8/55df0e556/unhcr-viewpoint-refugee-migrant-right.html [07.09.2016].

assumidamente, centrada nos direitos humanos e/ou no humanitarismo" (TUITT, 1997, p. 66-67).

No direito da União Europeia, entre as bases constitucionais da política de asilo, fazem parte determinadas disposições do Tratado da União Europeia (TUE), do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE) e da Carta dos Direitos Fundamentais da UE (à qual passo a designar por Carta). Integram-nas igualmente determinadas disposições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH). Ora, as bases jurídico-constitucionais da política europeia comum de asilo concentram-se no artigo 78.º do TFUE. Trata-se de uma atribuição fundamental da UE que o artigo 3.º, n.º 2, do TUE formula nos seguintes termos: "proporcionar aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno".

O artigo 67.º, n.º 2, do TFUE vincula a "política comum em matéria de asilo, de imigração e de controlo das fronteiras externas" à "solidariedade entre os Estados-Membros" e a ser "equitativa em relação aos nacionais de países terceiros". Em concretização deste preceito, o artigo 80.º prevê que tal política se pauta pelo princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-Membros, inclusive no plano financeiro, e que, sendo necessário, os atos adotados pela UE em execução de tal política "conterão medidas adequadas para a aplicação desse princípio". Nos termos do artigo 78.º, n.º 2, do TFUE "a política comum em análise estrutura-se numa série de atos a adotar de acordo com o processo legislativo ordinário e também em atos de direito internacional convencional, cujo conjunto forma o Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA)" (PIÇARRA, 2016, p. 5). Tais atos vêm enumerados nas sete alíneas do n.º 2. As alíneas *a)* e *b)* vinculam o legislador da UE a adotar, para os nacionais de países terceiros que deles careçam, não apenas um estatuto uniforme de asilo "válido em toda a União", mas também um estatuto uniforme de proteção subsidiária para aqueles que, "sem obterem o asilo europeu, careçam de proteção internacional". A alínea *c)* impõe a adoção de

"um sistema comum que vise, em caso de afluxo maciço, a proteção temporária das pessoas deslocadas", a alínea *d)*, de "procedimentos comuns em matéria de concessão e retirada do estatuto uniforme de asilo ou de proteção subsidiária", a alínea *e)*, de "critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo ou de proteção subsidiária", e a alínea *f)*, de "normas relativas às condições de acolhimento de requerentes de asilo ou de proteção subsidiária". Por outro lado, a alínea *g)* do n.º 2 do artigo 78.º confere à União competência para estabelecer parcerias e cooperação com países terceiros, "para a gestão dos fluxos de requerentes de asilo ou de proteção subsidiária ou temporária". Finalmente, o artigo 78.º, n.º 3, TFUE habilita o Conselho a adotar medidas provisórias a favor dos Estados-Membros confrontados com uma situação de emergência, caracterizada por um súbito afluxo de nacionais de países terceiros.

A Carta garante o direito de asilo no artigo 18.º, remetendo quer para a Convenção de Genebra e o Protocolo de Nova Iorque, relativos ao estatuto dos refugiados, quer para o TUE e o TFUE. Nos termos do artigo 52.º, n.º 2, da Carta, os direitos por ela reconhecidos "que se regem por disposições constantes dos Tratados são exercidos de acordo com as condições e limites por eles definidos". Revestem-se, todavia, de grande importância enquanto parâmetros de validade dos vários tipos de atos de execução da política comum de asilo, de fonte europeia e de fonte nacional, os artigos 4.º ("Proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes"), 19.º ("Proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição") e 47.º ("Direito à ação e a um tribunal imparcial") da Carta.

Nos termos do n.º 1 e n.º 2 do artigo 32.º da Convenção de Genebra, os Estados-Contratantes só podem expulsar os refugiados que se encontrem regularmente no seus territórios "por razões de segurança nacional ou ordem pública" e "em conformidade com o processo previsto pela lei", no decurso do qual os refugiados devem ser autorizados a apresentar provas que o justifiquem, a recorrer e a fazerem-se representar, para esse efeito, perante uma autoridade competente ou perante uma ou mais pessoas especialmente designadas pela autoridade competente. Mas a segunda parte do n.º 2 do mesmo artigo admite

expressamente que tais direitos processuais sejam preteridos por "razões imperiosas de segurança nacional".

A CEDH não tutela diretamente os direitos dos refugiados, mas tem sido defendido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) que o artigo 3.º é um forte mecanismo contra a repulsão, quer estejamos a considerar a decisão de repulsão *de per se* ou o hipotético mau trato, quer as condições em que a expulsão ocorre e as suas eventuais consequências, ou as violações de direitos humanos a que o indivíduo será exposto no país fonte de ameaça.

Consideramos, pois, que o artigo 3.º é a fonte jurídico-constitucional que permite a verdadeira eficácia do princípio de *non-refoulement* e a consagração de uma efetiva proteção mais adequada às necessidades deste grupo vulnerável. O artigo em questão constitui, do nosso ponto de vista, um dos valores fundamentais da sociedade democrática, contendo não só uma proibição universal, como uma garantia absoluta e inderrogável por força do artigo 15º, n.º 2 da CEDH. Pelo que, em circunstância alguma, a tortura ou o tratamento desumano ou degradante são autorizados.

2.1.2. As origens dos fluxos migratórios, os Estados-Membros mais procurados e a real dimensão dos fluxos em análise

Segundo Maria Raquel Freire e Daniela Nascimento (2016, p. 135), "as origens variadas dos fluxos migratórios em análise confirmam uma permanência de dinâmicas de instabilidade e violência em várias partes do globo". De acordo com o ACNUR, os três principais países de origem dos refugiados, na Europa, no ano de 2015, foram a República Árabe da Síria, o Afeganistão e o Iraque[20]. Mais detalhadamente, até junho de 2015, o Kosovo foi o principal país de cidadania dos requerentes de asilo na UE, representado 26% do número total de requerentes. Durante o mesmo período de tempo, a Síria foi o segundo principal país de cidadania dos requerentes de asilo

[20] Informação obtida na página oficial do ACNUR, http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends-2015.html [07.02.2017].

na UE, representando 16% do número total de requerentes e, por fim, o Afeganistão correspondeu ao terceiro principal país de cidadania dos requerentes de asilo na União, com 7% do total. Relativamente ao segundo quarto de 2015, portanto, de junho a setembro, a Síria foi o principal país de cidadania dos requerentes de asilo na UE (21% do total de requerentes na UE), seguindo-se o Afeganistão (13% do total de requentes de asilo) e a Albânia (8% do total dos requerentes). Finalmente, no terceiro quarto de 2015 (setembro a dezembro), a Síria manteve-se como o principal país de cidadania dos requerentes de asilo na UE (33% do total), o Afeganistão permaneceu o segundo principal país de origem dos requerentes de asilo (14% do total) e o Iraque foi o terceiro principal país de origem dos requerentes de asilo na UE (11% do total)[21].

Em 2016, os cidadãos Sírios continuaram a ser o principal país de cidadania da maioria dos requerentes de asilo na UE (28% do número total de requerentes), seguidos pelo Afeganistão, que se manteve em segundo lugar (15% do total dos requerentes de asilo na UE) e pelo Iraque, o terceiro país de cidadania dos requerentes de asilo nos Estados-Membros da União Europeia em 2016 (11% do número total de requentes)[22].

Os pedidos apresentados por cidadãos sírios, em 2015, excederam os 380.000, um valor três vezes superior ao registado em 2014. O número de pedidos provenientes do conjunto dos países dos Balcãs Ocidentais em 2015 quase duplicou para 201.405, a grande maioria dos quais oriundos do Kosovo e da Albânia. O Afeganistão continuou a ser um dos principais países de origem dos requerentes (196.170 pedidos apresentados), com a maior percentagem de menores não acompanhados requerentes de proteção internacional em toda a UE (25% de todos os requerentes afegãos).

Em 2015, 75% dos pedidos de asilo foram registados em apenas cinco Estados-

[21] Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/6996925/3-18092015-BP-EN.pdf/b0377f79-f06d-4263-aa5b-cc9b4f6a838f, http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7105334/3-10122015-AP-EN.pdf [12.02.2017].

[22] Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7921609/3-16032017-BP-EN.pdf/e5fa98bb-5d9d-4297-9168-d07c67d1c9e1 [20.04.2017].

Membros, Alemanha, Hungria, Suécia, Áustria e Itália, com um total de 476.510, 177.135, 162.450, 88.160, 84.085 pedidos de asilo, respetivamente[23].

"Estes números podem dizer-nos muitas coisas, mas há que colocá-los em perspetiva, tendo em conta aquele que seria o impacto na Europa-UE" (NASCIMENTO; FREIRE, 2016, p. 136). O milhão de pessoas que chegou à UE em 2015 representou apenas 0.2% da população da União Europeia, em comparação com percentagens muito maiores (até 20%) nos países vizinhos[24]. Por exemplo, no Líbano, em cada 1000 habitantes, 183 são refugiados, sendo o país, à escala mundial, o que maior número de refugiados acolheu, em relação à sua população nacional[25]. No final de 2015, a Turquia permaneceu o país que mais refugiados acolheu no mundo, com 2.5 milhões de refugiados no seu território. Em segundo lugar, destaca-se o Paquistão com 1.6 milhões de refugiados.[26] Sintetizando, de acordo com o ACNUR, até ao final de 2015, os países em vias de desenvolvimento hospedavam 13.9 milhões da população total de refugiados do mundo, em comparação com os 2.2 milhões de refugiados acolhidos em países desenvolvidos[27].

O conflito armado na República Árabe da Síria, que entrou no seu quinto ano de duração em 2015, bem como outras crises e conflitos armados não resolvidos, e outros surgidos durante o ano, contribuíram para o aumento do deslocamento forçado global e consequente elevado número de pedidos de proteção internacional que chegaram à UE[28]. Entre eles, os conflitos armados reiniciados no Burundi, Iraque, Líbia e Nigéria, juntamente com os conflitos armados mais antigos, ou não resolvidos, no Afeganistão, República Centro-Africana, República Democrática do Congo, Sudão do Sul e Iémen.

---

[23] Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/refugee-crisis/pt/ [15.09.2016].

[24] Informação obtida na página oficial do Parlamento Europeu, http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2017-0045+0+DOC+PDF+V0//PT [27.02.2017].

[25] Informação obtida na página oficial do ACNUR, http://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/576408cd7/unhcr-global-trends-2015.html [07.02.2017].

[26] Informação obtida na página oficial do ACNUR, *op. cit.* [07.02.2017].

[27] Informação obtida na página oficial do ACNUR, *op. cit.* [07.02.2017].

[28] Informação obtida na página oficial do ACNUR, *op. cit.* [07.02.2017].

2.1.3. A situação de "policrise" na União Europeia

Esta "crise" na União Europeia vem acrescentar-se a outras crises anteriores. O euro e a crise grega polarizaram os debates desde 2008. A "Primavera Árabe" transformou as regiões vizinhas da UE, e provocou um elevado nível de instabilidade em toda a região Sul. O conflito na Síria continua por resolver. A situação na Ucrânia permanece instável e sem previsibilidade de solução a curto prazo. Finalmente, mas não menos importante, a decisão dos cidadãos britânicos de abandono da UE acrescentou outra perturbação sem precedentes, com efeitos que ainda estão por definir (PASCOUAU, 2016).

Esta situação de "policrise" é acompanhada por diversas divisões sem precedentes entre os Estados-Membros da UE. A crise do Euro criou as condições para uma oposição entre os Estados do Norte e os do Sul no que respeita às soluções que devem ser implementadas, e a crise migratória provocou uma divisão entre os Estados da Europa Ocidental e Oriental.

No entanto, no nosso ponto de vista, as divisões sobre a questão das migrações são mais profundas do que em crises anteriores – uma vez que os Estados estão divididos quanto a princípios e valores, bem como quanto às soluções para lidar com a vida e a morte de seres humanos que fogem de zonas de guerra e de perseguições, com o direito de, pelo menos, requererem proteção internacional num país terceiro. Se alguns Estados, de onde se destaca a Alemanha, demonstraram um grande empenho na oferta de proteção incondicional a cidadãos sírios e a outros refugiados, outros, como o grupo de países do Visegrád, mostraram relutância em acolher refugiados e requerentes de asilo, como adiante desenvolveremos.

3. As medidas adotadas para fazer face à crise migratória sem precedentes

Para solucionar a crise em análise, a União Europeia adotou um conjunto de medidas que, segundo o Conselho da União Europeia, se traduzem numa política

migratória assente nas seguintes vertentes: (i) cooperação com os países de origem e de trânsito; (ii) reforço das fronteiras externas da União Europeia; (iii) gestão dos fluxos migratórios e combate às atividades de introdução clandestina de migrantes; (iv) reforma do Sistema Europeu Comum de Asilo; (v) criação de vias de migração legal e (vi) promoção da integração dos nacionais de países terceiros. Iremos, de seguida, identificar e analisar todas as medidas políticas que integram cada uma destas vertentes.

Relativamente à (i) cooperação com os países de origem e de trânsito dos migrantes, no âmbito da "abordagem global para a migração e mobilidade (AGMM)"[29] que constitui o quadro geral para as relações da UE com os países terceiros, no domínio da migração "iniciaram-se e desenvolveram-se vários diálogos, e estabeleceram-se quadros de cooperação com os países terceiros pertinentes"[30].

Em março de 2015, o Conselho adotou a Estratégia regional da UE para a Síria e o Iraque, bem como para a ameaça representada pela organização terrorista Estado Islâmico do Iraque e do Levante (EIIL/Daexe)[31]. A estratégia aborda, entre outras questões, "as consideráveis deslocações de populações na região, nomeadamente o afluxo maciço de refugiados sírios para países vizinhos – Líbano, Jordânia e Turquia – e o aumento da pressão migratória na UE"[32]. Em junho do mesmo ano, o Conselho Europeu comprometeu-se a intensificar a cooperação com a Turquia e outros países relevantes do Médio Oriente, incluindo o Iraque, a Jordânia e o Líbano. Em setembro, os Chefes de Estado reiteraram este compromisso e chegaram a acordo em ajudar estes países a lidarem com o crescente afluxo de refugiados sírios e a mobilizar, no mínimo, mil milhões de euros de financiamento adicional para o Alto Comissariado

[29] "A AGMM serve de complemento à política de cooperação para o desenvolvimento e à política externa da UE. As instâncias preparatórias do Conselho acompanham o desenvolvimento e a aplicação da AGMM." Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/countries-origin-transit/ [10.04.2017].

[30] Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [10.04.2017].

[31]Informação obtida na página oficial do Conselho da UE, http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7267-2015-INIT/pt/pdf [10.04.2017].

[32] Informação obtida na página oficial do Conselho da UE, *op. cit.* [10.04.2017].

das Nações Unidas para os Refugiados e o Programa Alimentar Mundial. Em fevereiro de 2016, numa conferência internacional realizada em Londres, a UE comprometeu-se a ajudar a população síria com mais de três mil milhões de euros. E numa conferência internacional realizada em abril de 2017, a UE e os doadores internacionais comprometeram-se a disponibilizar 5,6 mil milhões de euros de ajuda para 2017**,** a fim de dar resposta às enormes necessidades dos sírios.

Foram também intensificadas respostas às causas profundas da migração ilegal, que assentam, maioritariamente, na pobreza extrema, guerra e consequente falta de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos no seu país de origem. E considerou-se que o êxito da política migratória depende da cooperação com os países de origem e de trânsito dos migrantes, a respeito de um amplo leque de questões. Assim, em maio de 2015, o Conselho reiterou a necessidade de reforçar os trabalhos sobre as relações entre a migração e o desenvolvimento, convidando a Comissão Europeia e o Serviço Europeu para Ação Externa (SEAE) a trabalharem na elaboração de medidas concretas. O Fundo Fiduciário de Emergência da UE para a estabilidade e o combate às causas profundas da migração irregular e do fenómeno das pessoas deslocadas em África é uma medida paradigmática para esse efeito. O fundo foi lançado na Cimeira de Valeta sobre migração, realizada em 11 e 12 de novembro de 2015, onde os dirigentes da UE e de África, sublinharam a necessidade de serem tomadas medidas relacionadas com os conflitos e violações e abusos dos direitos humanos. Entre tais medidas contam-se a prevenção de conflitos, o apoio à construção do Estado e do Estado de direito, bem como o reforço da capacidade do Estado para garantir a segurança e lutar contra o terrorismo. O Plano de Ação de Valeta**,** definido nesta cimeira, sublinha a necessidade de se integrar a migração nas estratégias de cooperação para o desenvolvimento e de erradicação da pobreza, e de se alcançar uma série de objetivos, nomeadamente: impulsionar o desenvolvimento socioeconómico nos países de origem, através da criação de oportunidades de emprego para jovens de ambos os sexos, apoiar a resiliência em benefício dos mais vulneráveis, inclusive através do desenvolvimento rural e do reforço da segurança alimentar e nutricional e promover a participação dos deslocados nos seus países de origem.

Em maio de 2016, o Conselho adotou conclusões para dar resposta ao número crescente de deslocados de longa duração nos países em desenvolvimento, visando promover a contribuição ativa destas pessoas para a economia e a sociedade dos países de acolhimento, através de novos programas de desenvolvimento. Em setembro do mesmo ano, a Comissão Europeia propôs um plano de investimento externo europeu para fomentar o investimento privado e a criação de emprego em África e na vizinhança europeia. Este plano de investimento externo visa alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável e combater as causas profundas da migração. Em outubro de 2016, o Conselho Europeu exortou o Conselho a definir, antes do final do ano, a sua posição sobre o plano de investimento externo, com vista a alcançar um rápido acordo com o Parlamento Europeu no primeiro semestre de 2017.

Ainda em 2016, o Conselho Europeu aprovou a criação de um novo quadro de parceria para a migração, que está a ser aplicado em cinco países prioritários (Níger, Nigéria, Senegal, Mali e Etiópia), com a finalidade de aprofundar a cooperação com os principais países de origem e de trânsito dos migrantes e, consequentemente, "combater a migração irregular e as suas causas profundas"[33]. Foi também reforçada a cooperação "com outros países relevantes neste contexto, como o Afeganistão e o Egito[34].

De qualquer forma, no decorrer da crise migratória, os Estados-Membros de trânsito e de destino dos fluxos migratórios tomaram "uma série de medidas unilaterais que se traduziram, não raro, na rejeição pura e simples dos refugiados nas suas fronteiras"[35], e como nova tentativa de alcançar uma solução para a crise no plano da UE, surge a Declaração UE-Turquia, datada de 7 de março de 2016, que tem como propósito combater os fluxos de migração irregular através da Turquia, com destino à UE. Todos os elementos que constam da declaração "constituem

[33]Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/countries-origin-transit/ [10.04.2017].
[34] Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [10.04.2017].
[35] Piçarra. "A União Europeia e 'a crise migratória."37.

medidas temporárias e excecionais, necessárias"[36] para atingir a finalidade anterior e, segundo a letra da Declaração "estão a ser executadas em plena conformidade com o direito da UE e o direito internacional, ficando excluído qualquer tipo de expulsão coletiva"[37]. Para alcançar tal desiderato, Bruxelas e Ancara acordaram o seguinte:

(i) devolver à Turquia todos os migrantes irregulares que chegam às ilhas gregas, a partir de 20 de março de 2016; os custos das operações de regresso serão assumidos pela UE;

(ii) (estabelecer um "sistema de reinstalação '1 por 1' que prevê que por cada sírio regressado à Turquia, a UE e os seus membros permitirão que outro refugiado sírio entre legalmente na UE" (EMMANOULIDIS, 2016), mediante o apoio da Comissão Europeia, das agências da União e de outros Estados-Membros; é dada prioridade aos migrantes que não tenham anteriormente entrado ou tentado entrar de forma irregular na UE[38]. Como contrapartida;

(iii) (a Turquia disponibiliza-se a proteger as suas fronteiras, para evitar a abertura de novas rotas marítimas ou terrestres para a migração ilegal em direção à UE; e aceita o regresso dos migrantes irregulares;

(iv) a União Europeia, por seu lado, em estreita cooperação com a Turquia, "agiliza o pagamento à Turquia do montante de três biliões de euros para apoio aos refugiados instalados em território turco"[39]e quando esse montante de recursos estiver prestes a ser esgotado, "e desde que tenham sido cumpridos os compromissos acima referidos, a UE mobilizará um financiamento suplementar [até] ao final de 2018"[40].

[36]Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/countries-origin-transit/eu-turkey-statement/ [12.04.2017].

[37]Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [12.04.2017].

[38] Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/ [12.04.2017].

[39] Piçarra. "A União Europeia e 'a crise migratória."33.

[40] Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, *op.cit.* [12.04.2017].

Finalmente, para solidificar a cooperação com os países de origem e de trânsito, foi igualmente considerado necessário reduzir os fatores de atração que induzem os migrantes a abandonar os seus países. Assim, em novembro de 2015, os dirigentes da UE e de África acordaram em melhorar o acesso à informação sobre os perigos da migração irregular e proporcionar uma visão realista das condições de vida nos países europeus. Nas conclusões adotadas em 9 de novembro de 2015, o Conselho decidiu definir uma estratégia comum de informação destinada a desencorajar os migrantes de embarcarem em viagens perigosas e recorrerem a passadores. Esta estratégia explica também o funcionamento das regras internacionais e da UE em matéria de migração, incluindo a gestão das fronteiras, a reinstalação, a recolocação e o regresso.

Reforçar as fronteiras externas da UE, foi outra das vertentes da política migratória para dar resposta ao crescente fluxo migratório nos Estados-Membros. Foi considerado que "uma gestão eficaz das fronteiras externas da UE é essencial para assegurar o bom funcionamento da livre circulação dentro da UE"[41]. Consequentemente, em outubro de 2016, foi criada a Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira[42], na sequência do apelo do Conselho Europeu, em setembro de 2015, para reforçar os controlos nas fronteiras externas. A Agência monitorizará de perto as fronteiras externas da UE e trabalhará em conjunto com os Estados-Membros para identificar e responder rapidamente a potenciais ameaças à segurança das fronteiras externas da UE. Em dezembro de 2016, a Agência criou uma reserva de reação rápida, "composta por 1 500 agentes disponibilizados pelos Estados-Membros da UE e pelos países associados a Schengen, que pode ser destacada num prazo de cinco dias úteis em situação de crise"[43]. E a 7 de março de 2017, o Conselho adotou um regulamento

[41] Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/strengthening-external-borders/ [13.04.2017].

[42] Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e dos Conselho da União Europeia, http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2016/09/14-european-border-coast-guard/, http://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-29-2016-INIT/pt/pdf [13.04.2017].

[43] Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/strengthening-external-borders/ [13.04.2017].

que altera o Código das Fronteiras Schengen para reforçar os controlos nas fronteiras externas por confronto com as bases de dados pertinentes. Isto é, a alteração obriga os Estados-Membros a efetuarem controlos sistemáticos, por confronto com as bases de dados de todas as pessoas, quando atravessarem as fronteiras externas. Segundo a perspetiva do Conselho, estes controlos permitirão igualmente aos Estados-Membros verificar que "pessoas controladas não representam uma ameaça para a ordem pública, a segurança interna ou a saúde pública"[44]. É uma obrigação que se aplica em todas as fronteiras externas (fronteiras aéreas, marítimas e terrestres) dos Estados-Membros, tanto à entrada como à saída.

Outra das principais vertentes da política de migração da UE acima elencadas é a gestão dos fluxos migratórios, o regresso dos migrantes ilegais aos seus países de origem e o combate aos passadores de migrantes. A política da UE em matéria de regresso baseia-se na Diretiva Regresso, que estabelece regras para assegurar o regresso dos nacionais de países terceiros em situação irregular. A diretiva reitera também a necessidade de celebrar com os países terceiros acordos de readmissão, que definem as regras para o regresso das pessoas em situação irregular aos territórios dos países terceiros. Até à data, a UE celebrou 17 acordos de readmissão. Porém, "a necessidade de reforçar a política da UE em matéria de regresso e de a tornar mais eficaz"[45] é regularmente lembrada pelo Conselho Europeu e Conselho, "nomeadamente através da plena execução dos acordos de readmissão em vigor e da celebração de novos acordos"[46].

No que toca à proteção das fronteiras da UE, combate das redes criminosas e resgate dos migrantes em perigo, a UE tem em curso três operações de patrulha no Mediterrâneo: a Operação Triton, lançada em 2014, centrada na vigilância das fronteiras nas águas próximas da costa italiana; a Operação Poseidon, lançada em

[44] Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [13.04.2017].
[45] Informação obtida na página oficial do Conselho da Europa e do Conselho da União Europeia, http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/managing-migration-flows/ [14.04.2017].
[46] Informação obtida na página oficial do Conselho da Europa e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [14.04.2017].

2006, com a responsabilidade de controlar as fronteiras no Mediterrâneo Oriental e a Operação Sophia (também conhecida por EUNAVFOR MED), lançada em 2015, que tem como missão combater os passadores no Mediterrâneo.

Na reunião de 23 de abril de 2015, onde se definiram as principais orientações para impedir que mais pessoas morram no mar, os dirigentes da UE apelaram a um reforço urgente das operações Triton e Poseidon, "multiplicando, no mínimo, por três os recursos financeiros destas operações para 2015 e 2016"[47]. Este reforço das operações permite aumentar a vigilância das fronteiras e, quando necessário, levar a cabo operações de busca e salvamento. Em 18 de maio de 2015, seguindo as instruções do Conselho Europeu, o Conselho acordou em criar a operação militar Sophia, para acabar com o modelo de negócio dos passadores e traficantes de pessoas no Mediterrâneo. A 22 de junho de 2015, o Conselho lançou a operação, que foi conduzida em fases sequenciais. A primeira fase centrou-se na vigilância e na avaliação das redes de introdução clandestina de migrantes e de tráfico de pessoas. A primeira etapa da segunda fase (alto mar), que teve início em 7 de outubro de 2015, permite a subida a bordo, a busca, a apreensão e o desvio em alto mar de navios suspeitos, em conformidade com o direito internacional.

Em 9 de outubro de 2015, o Conselho de Segurança das Nações Unidas adotou a Resolução 2240 que reforça a autoridade da operação Sophia para tomar medidas contra a introdução clandestina de migrantes e o tráfico de pessoas a partir do território da Líbia e ao largo da costa deste país. Em 20 de junho de 2016, o Conselho prorrogou o mandato da operação até 27 de julho de 2017 e acrescentou duas missões de apoio:

(i) dar formação à Guarda Costeira e da Marinha líbias, com o intuito de reforçar a sua capacidade para desmantelar a introdução clandestina de migrantes e o tráfico de pessoas na Líbia; realizar atividades de busca e salvamento de modo que a segurança nas águas territoriais líbias melhore;

[47] Informação obtida na página oficial do Conselho da Europa e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [14.04.2017].

(ii) lutar contra o tráfico de armas, operação que contribuirá para a partilha de informações e o apoio à aplicação do embargo de armas das Nações Unidas (NU) no alto mar ao largo da costa da Líbia.

Além disso, em maio de 2015, o Conselho concordou em reforçar a missão civil EUCAP Sael Níger, pelo que, a UE oferecerá às autoridades nigerinas apoio na prevenção da imigração irregular e no combate aos crimes a ela associados. Na medida em que o Níger é um ponto geográfico crítico para os fluxos migratórios em direção à Europa: 90% dos migrantes da África Ocidental passam pelo Níger a caminho da Líbia. Em julho de 2016, o mandato da missão foi prorrogado até julho de 2018 e foi adaptado para melhor controlar e combater a migração irregular.

Para além da vigilância marítima e do controlo das fronteiras, a UE procura igualmente combater as redes criminosas que se aproveitam dos migrantes vulneráveis. O Conselho apelou à criação de um Centro Europeu contra a Introdução Clandestina de Migrantes, que foi lançado em fevereiro de 2016, e também aos Estados-Membros para que criassem, em coordenação com a Comissão, uma rede de pontos de contacto operacionais sobre a introdução clandestina de migrantes. Na Cimeira de Valeta sobre migração, em novembro de 2015, os dirigentes da UE e os dirigentes africanos acordaram em melhorar a recolha e a partilha de informações, bem como a cooperação policial e judiciária na luta contra a introdução clandestina de migrantes. Em março de 2016, o Conselho adotou conclusões sobre o auxílio à imigração ilegal, apelando aos intervenientes relevantes para que:

(i) melhorem a cooperação operacional e a partilha de dados relativamente ao auxilio à imigração ilegal;

(ii) intensifiquem as investigações financeiras em casos de auxílio à imigração ilegal;

(iii) desenvolvam um levantamento das formas como os média sociais são utilizados no auxílio à imigração ilegal;

(iv) se empenhem num diálogo com o setor privado, em especial o setor dos transportes;

(v) melhorem a cooperação com os países de origem e de trânsito[48].

[48] Informação obtida na página oficial do Conselho da Europa e do Conselho da União Europeia, *op. cit.* [14.04.2017].

Em fevereiro de 2017, os dirigentes da UE acordaram em aumentar a cooperação com a Líbia, de onde partiram 90% dos migrantes em 2016. Os dirigentes da UE adotaram a Declaração de Malta[49], que visa conter o fluxo de migrantes ao longo da rota do Mediterrâneo Central e combater o modelo de negócio dos passadores.

A crise migratória pôs também em evidência a necessidade de reformar o Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA), que estabelece as normas mínimas comuns para o tratamento de todos os requerentes de asilo e pedidos de asilo. No âmbito do quadro existente, os requerentes de asilo não são tratados de modo uniforme e as taxas de reconhecimento variam de um Estado-Membro para o outro, o que encoraja movimentos secundários e a procura de asilo de conveniência.

Atualmente, o Conselho está a analisar sete propostas legislativas apresentadas pela Comissão Europeia para reformar o SECA. Entretanto, entre as primeiras medidas no âmbito da Agenda Europeia da Migração, consta a proposta apresentada pela Comissão relativa a um procedimento de recolocação temporária para apoiar a Itália e a Grécia, "a fim de as ajudar a enfrentarem melhor uma 'situação de emergência caracterizada pelo súbito afluxo de nacionais de países terceiros" (PIÇARRA, 2016, p. 34). As medidas apresentadas foram adotadas e constam da Decisão 2015/1523 do Conselho, de 14 de setembro, e da Decisão 2015/1601, também do Conselho, de 22 de setembro, com base no artigo 78.º n.º 3, do TFUE, que estipula a possibilidade de adoção de medidas provisórias, por parte do Conselho, sob proposta da Comissão, a favor de um ou mais Estados-Membros, confrontados com uma situação de emergência, conforme anteriormente analisamos. Ambas as decisões estabelecem um mecanismo de recolocação apenas aplicável aos nacionais de países terceiros que

(i) tenham apresentado um pedido de proteção internacional em Itália ou na Grécia, pela análise do qual esses Estados seriam responsáveis, em aplicação dos critérios estabelecidos no capítulo III do Regulamento n.º 604/2013 e

[49]Informação obtida na página oficial do Conselho da Europa e do Conselho da União Europeia, http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2017/02/03-malta-declaration/ [14.04.2017].

(ii) tenham nacionalidades relativamente às quais a percentagem de decisões de concessão de proteção internacional adotadas em primeira instância seja igual ou superior a 75% do total dessas decisões.

A primeira decisão aponta para a recolocação, "numa base voluntária entre os Estados Membros de recolocação" (PIÇARRA, 2016, p. 35), de 40.000 pessoas com clara necessidade de proteção internacional, 24.000 a partir da Itália e 16.000 a partir da Grécia. A segunda decisão, em contrapartida, determina obrigatoriamente a recolocação de 120.000 pessoas carecidas de proteção nos outros Estados-Membros, de acordo com os quadros de contingentes estabelecidos em anexo. Nos termos do artigo 4.º, n.º 5, da segunda decisão, qualquer Estado-Membro poderia, em circunstâncias excecionais, notificar o Conselho e a Comissão, até 26 de dezembro de 2015, de que se encontrava temporariamente impedido de participar na recolocação de, no máximo, 30% dos requerentes do contingente atribuído, desde que apresentasse razões devidamente justificadas e compatíveis com os valores fundamentais da União, consagrados no artigo 2.º do TUE. Foi o caso da Decisão de Execução do Conselho, de 8 de março de 2016, relativa à suspensão temporária da recolocação de 30% de requerentes do contingente atribuído à Áustria, durante um ano, que registou o segundo nível mais elevado, depois da Suécia, de requerentes de proteção internacional em relação ao número de habitantes (9 421 pedidos por milhão de habitantes, segundo os dados do Eurostat disponíveis)[50]. E da Decisão 2016/964 do Conselho de 9.6.2016, relativamente à Suécia que registou o número mais elevado de requerentes de proteção internacional *per capita* na União em 2015 (com 11.503 pedidos por milhão de habitante) e passou a beneficiar de uma suspensão até 16.6.2017[51].

Os restantes Estados-Membros ficam ainda vinculados a aumentar o seu apoio operacional à Itália e à Grécia, disponibilizando, nomeadamente, peritos

[50]Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6715-2016-INIT/pt/pdf [14.04.2017].

[51] Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5626-2016-INIT/pt/pdf [14.04.2017].

nacionais para uma série de atividades de apoio (artigo 7.º de ambas as decisões). Em compensação, a Itália e a Grécia ficam vinculadas a assegurar "um sólido mecanismo de identificação, registo e recolha de impressões digitais para efeitos do procedimento de recolocação, de modo a identificar rapidamente as pessoas com necessidade de proteção internacional elegíveis para a recolocação e a identificar os migrantes que não têm direito a proteção internacional e que deverão, por conseguinte, ser obrigados a regressar" (37.º considerando da Decisão 2015/1601). Atualmente, há cinco centros de registo abertos na Grécia e outros quatro em Itália[52]. Estes centros de registo são também designados como pontos de acesso ou *hotspot áreas*.

No preâmbulo de ambas as decisões (respetivamente, 18.º e 23.º considerandos) reconhece-se que, para além de uma derrogação ao Regulamento "Dublin III", tais decisões implicam uma derrogação ao consentimento do requerente de proteção internacional, exigido pelo artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 516/2014. Isto quando se trate da transferência do requerente do Estado-Membro que lhe concedeu proteção internacional, ou é responsável pela análise do pedido nesse sentido, para outro Estado-Membro, onde o mesmo requerente beneficiará de proteção equivalente, ou verá analisado o seu pedido de proteção internacional. Apenas os Estados-Membros de recolocação, "no devido respeito pelo princípio da não discriminação", poderão indicar as suas preferências em relação aos requerentes de proteção internacional (29.º considerando da primeira decisão e 34.º da segunda). Tal como explicitado no preâmbulo de ambas as decisões, nenhum requerente tem o direito, ao abrigo da legislação da União, de escolher o Estado-Membro responsável pela análise do seu pedido. Apenas lhe cabe o direito de recorrer da decisão de recolocação, "tendo unicamente em vista garantir o respeito dos seus direitos fundamentais" (30.º considerando da Decisão 2015/1523 e 35.º da Decisão 2015/1601).

A UE está também empenhada em proporcionar vias legais e seguras de entrada na Europa às pessoas que carecem de proteção internacional. Assim, em abril de

[52] Informação obtida na página oficial do Conselho da Europa e do Conselho da União Europeia, http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/migratory-pressures/reforming-ceas/temporary-relocation/ [15.04.2017].

2015, o Conselho Europeu realçou a necessidade de criar um primeiro projeto-piloto voluntário de reinstalação em toda a UE, a fim de aumentar o número de lugares oferecidos às pessoas com necessidade de proteção. E em 25 de junho de 2015, o Conselho Europeu acordou em que todos os Estados-Membros participassem na reinstalação de 20 000 pessoas que necessitam de proteção internacional, ao longo de um período de dois anos. Em 20 de julho de 2015, o Conselho adotou conclusões que definem os pormenores desta reinstalação e que têm em conta as regiões prioritárias para efeitos de reinstalação, nomeadamente o Norte de África, o Médio Oriente e o Corno de África, "com especial destaque para os países onde foram implementados os Programas de Proteção e Desenvolvimento Regional"[53].

Na sequência da Declaração UE-Turquia, quando as passagens irregulares em proveniência da Turquia terminarem ou forem substancialmente reduzidas, será ativado um programa voluntário de admissão por motivos humanitários baseado na proposta da Comissão de dezembro de 2015. E em julho de 2016, a Comissão propôs a criação de um quadro de reinstalação da UE com um procedimento uniformizado em toda a UE "para garantir vias legais e seguras de entrada na Europa para as pessoas com necessidade de proteção internacional"[54]. Esse novo quadro deverá ser aplicado através de um plano anual de reinstalação da UE, adotado pelo Conselho sob proposta da Comissão. A proposta inscreve-se no âmbito da reforma do Sistema Europeu Comum de Asilo[55].

No âmbito da sua Agenda Europeia da Migração, a Comissão anunciou que a Diretiva Cartão Azul UE iria ser revista para atrair mais eficazmente os talentos de que a Europa necessita. A revisão da Diretiva Cartão Azul está a ser debatida no Conselho, na sequência de uma proposta da Comissão apresentada em junho de 2016. A Diretiva Cartão Azul UE foi adotada em 2009 como quadro para facilitar

[53] Informação obtida na página oficial do Conselho da União Europeia, http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11130-2015-INIT/pt/pdf [15.04.2017].

[54] Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2434_pt.htm [15.04.2017].

[55]Informação obtida na página oficial da Comissão Europeia, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2434_pt.htm [15.04.2017].

a migração legal para a UE de trabalhadores altamente qualificados de países terceiros. Pretendia-se combater a escassez de mão de obra e de competências e tornar a UE mais competitiva atraindo trabalhadores altamente qualificados. A atual diretiva revelou-se insuficiente tendo em conta o limitado número de autorizações concedido a trabalhadores altamente especializados.

Os dirigentes da UE e de África, reunidos em Valeta em 11 e 12 de novembro de 2015, acordaram também na necessidade de promover canais regulares para a migração e a mobilidade entre os países europeus e africanos, o que passa pela mobilidade de estudantes, investigadores e empresários, por exemplo, mediante a duplicação do número de bolsas para estudantes e pessoal académico em 2016 através do programa Erasmus+.

Finalmente, as medidas de recolocação e reinstalação adotadas em resposta à crise de refugiados e migrantes destacaram a necessidade de prestar apoio aos Estados-Membros que têm menos experiência em matéria de integração. Com efeito, os nacionais de países terceiros na UE veem-se frequentemente confrontados com obstáculos no que se refere ao emprego, à educação e à inclusão social. Nas suas conclusões de dezembro de 2016, o Conselho convidou os Estados-Membros a procederem à troca de boas práticas no domínio da integração dos nacionais de países terceiros, melhorarem o acompanhamento e a avaliação dos resultados em matéria de integração e tratarem a questão do reconhecimento das qualificações e competências dos nacionais de países terceiros[56].

4. As medidas adotadas à luz dos direitos humanos

Uma vez identificadas e analisadas as medidas adotadas pela UE para enfrentar a crise migratória, pretendemos agora perceber que implicações têm no âmbito dos direitos humanos. Para tal, baseamo-nos nos relatórios da Amnistia Internacional, *Human Rights Watch*, Agência da União Europeia para os Direitos Fundamentais, *European Council on Refugges and Exilies* e dos relatores especiais do ACNUR.

[56]Informação obtida na página oficial do Conselho Europeu e do Conselho da União Europeia, http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15312-2016-INIT/pt/pdf [15.04.2017].

Quanto à criação de *zonas dos pontos de crise*, "a sua instalação e colocação em funcionamento têm sido lentas, tendo em conta tudo o que exigem em termos de conjugação de esforços e de coordenação, assim como de aprovação de legislação adequada" (PIÇARRA, 2016, p. 34). Vários relatórios de ONGs demonstram que este mecanismo não está a ser satisfatório, "por sujeitar as pessoas a longas horas de espera, em condições desadequadas e sem se ter devidamente em conta as necessidades específicas das pessoas especialmente vulneráveis, como as crianças ou os migrantes com necessidades médicas especiais"[57]. Na Grécia, o *hotspot* de Leros foi alvo de ataque por parte dos residentes dessa localidade, segundo a *Human Rights Watch*, "a polícia não protege os residentes do campo de violência e do assédio"[58]; e o *hotspot* de Lesvos foi incendiado pelos próprios migrantes, como reivindicação pela falta de condições, mas também por começarem a ter conhecimento da possível transferência para a Turquia, em virtude da Declaração UE-Turquia[59] anteriormente analisada. Segundo o relatório "Foco da crise: como a principal abordagem da UE resulta em violações dos direitos de refugiados e migrantes"[60], da Amnistia Internacional, "a Itália introduziu uma série de práticas coercivas para obter as impressões digitais de refugiados e migrantes no país"[61]. Neste relatório encontramos 24 testemunhos de maus-tratos, 16 dos quais envolvem agressões físicas, como a submissão a choques elétricos com cassetetes de atordoamento.

Porém, o mesmo relatório demonstra que a conduta da generalidade dos agentes da polícia permanece profissional e que a vasta maioria de impressões digitais registadas decorre sem quaisquer incidentes, "mas aquilo que foi apurado nesta

[57] Informação obtida na página oficial do European Council on Refugges and Exilies (ECRE), http://www.ecre.org/ "Hotspot opens in Lesvos but reports of conditions on the Island remain worrying" [23-11-2016]; GIL, 2016, p. 36.

[58] Informação obtida na página oficial da Human Rights Watch, https://www.hrw.org/news/2016/07/14/dispatches-greeces-refugee-hotspots-breeding-violence [20.04.2017]

[59] Informação obtida na página oficial da Human Rights Watch, https://www.hrw.org/news/2016/09/21/greece-refugee-camp-destroyed-fire [20.04.2017].

[60] Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, http://www.amnistia.pt/images/Noticias/Novembro_2016/AIreport_Hotspot_Italy_EU_approach_leads_to_violations_of_refugee_and_migrant_rights.pdf [20.04.2017].

[61] Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, *op. cit.* [20.04.2017].

investigação suscita graves preocupações e demonstra que é necessária uma análise independente das práticas correntes"[62]. Numa fase posterior, que se traduz numa seleção em que os requerentes de asilo são separados daqueles que as autoridades consideram ser migrantes irregulares, a Amnistia, denuncia que "além das entrevistas feitas aos recém-chegados serem extremamente curtas, os agentes da polícia não têm as competências adequados para as conduzir"[63]. Ainda assim, "estão a tomar decisões sobre as necessidades de proteção das pessoas e àquelas a quem não é reconhecido o direito de asilo é emitida ordem de expulsão, a qual pode expor as pessoas em questão a graves violações de direitos humanos"[64].

Ainda relacionado com esta medida, mas abrangendo uma outra, isto é, o primado que o Regulamento 2016/1624 atribui à Agência Europeia de Guardas de Fronteiras e Costeira, nas *zonas dos pontos de crise*, revela uma abordagem mais securitária do Sistema Europeu Comum de Asilo na gestão dos fluxos mistos, e, por conseguinte, menos centrada nas reais necessidades de proteção internacional que suscitam e às quais os Estados Membros da União se encontram vinculados. Por outro lado, estas *zonas dos pontos de crise* e as atividades que aí se desenvolvem limitam-se a ajudar os Estados Membros de primeira entrada na execução da tarefa desproporcionada que lhes impõem os Regulamentos Dublin III e Eurodac de recolher as impressões digitais de todas as pessoas que atravessaram irregularmente as respetivas fronteiras. O que determina "a responsabilidade desses Estados pela análise dos correspondentes pedidos de asilo, tornando efetivos os desequilíbrios inerentes ao sistema de Dublin" (PIÇARRA, 2016, p. 34). E é neste ponto que se encaixam as medidas analisadas no próximo paragrafo.

A Decisão 2015/1523 do Conselho, de 14 de setembro, e a Decisão 2015/1601, também do Conselho, de 22 de setembro, adotadas com base no artigo 78.º, n.º 3, do TFUE determinam as *medidas provisórias no domínio da proteção internacional a favor*

[62]Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, http://www.amnistia.pt/index.php/o-que-fazemos/as-nossas-campanhas/refugiados/2015-09-14-16-43-20/2559-politicas-europeias-de-endurecimento-levam-a-abusos-de-refugiados-e-migrantes-em-italia [20.04.2017].

[63] Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, *op. cit.* [20.04.2017].

[64] Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, *op. cit.* [20.04.2017].

da Itália e da Grécia, que anteriormente analisamos com detalhe. Na nossa opinião, estas decisões do Conselho são o lado mais visível da "grave desunião europeia que se verifica no âmbito da política comum de asilo e do Sistema Europeu Comum de Asilo" (PIÇARRA, 2016, p. 36). A segunda decisão teve os votos contra da Hungria, da República Checa, da Eslováquia e da Roménia e as abstenções da Polónia e da Finlândia. E os quatro Estados-Membros do grupo de Visegrád (República Checa, Hungria, Polónia e a Eslováquia) recusaram-se a dar cumprimento à decisão de recolocação. Na Hungria, a quota de refugiados atribuída pela Decisão 2015/1601 foi, inclusive, submetida a referendo, realizado no dia 2 de outubro de 2016, e rejeitada (apesar de não ser uma rejeição juridicamente vinculativa segundo o direito nacional húngaro). Por outro lado, a recolocação de pessoas nos Estados-Membros que não se opuseram ao cumprimento das decisões do Conselho "tem experienciado obstáculos e lentidões burocráticas sérias, continuando o número de recolocações muito baixo (ultrapassando em pouco os seis mil no final de 2016)" (PIÇARRA, 2016, p. 36).

Na recolocação de requerentes de asilo apenas serviram de exemplo um pequeno grupo de países. Segundo a *Human Rights Watch*, a França recolocou o maior número de querentes, um total de 1.987, até março de 2016[65]. A Finlândia, Portugal, a Holanda, Malta, Chipre e o Luxemburgo, por sinal os países mais pequenos da União Europeia, avançaram no sentido de cumprir os seus compromissos.

Outro aspeto que, do nosso ponto de vista, deve ser considerado é que muitos requerentes de asilo não são elegíveis para recolocação no âmbito do plano de recolocação europeu que é apenas dirigido a nacionais de países cuja taxa de proteção em toda a UE excede 75%, com base em dados atualizados trimestralmente. No início, os cidadãos eritreus, iraquianos e sírios poderiam candidatar-se, juntamente com pessoas de alguns lugares surpreendentes como Costa Rica, São Vicente e Granadinas. Mas os afegãos - um quarto dos presos na Grécia - nunca foram incluídos. Desde junho, os iraquianos não foram elegíveis. Neste contexto, a *Human Rights Watch* considera que a UE deveria considerar todos menores não acompanhados elegíveis,

[65] Informação obtida na página oficial da Human Rights Watch, https://www.hrw.org/news/2016/10/04/relocation-farce-brings-shame-europe [20.04.2017].

apesar da nacionalidade, acrescentando que esta é a oportunidade para a Comissão fazer a coisa certa[66].

A *Declaração UE-Turquia de 7 de março de 2016* surge como uma nova tentativa de alcançar solução para a crise no plano da União Europeia. Porém, para além de ter sido alvo de três recursos de anulação pendentes perante o Tribunal Geral da UE, foi também alvo de várias críticas, entre as quais destacamos:

(i) a incompatibilidade com os artigos 70.º do TFUE; 1.º, 18.º e 19.º da Carta; e artigo 4.º do Protocolo n.º 4 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos – que consagram as proibições de expulsão coletiva e de repulsão de acordo com o princípio de *non-refoulement*; tendo em conta a cláusula da declaração que estipula que todos os novos migrantes irregulares que viagem da Turquia para a Grécia a partir de 20 de março de 2016 deverão ser devolvidos à Turquia;

(ii) a Turquia não é um país terceiro seguro na aceção do artigo 38.º da Diretiva 2013/32, na medida em que, devido a uma reserva feita no momento da assinatura da Convenção de Genebra, não está vinculada a aplicá-la em relação com os acontecimentos ocorridos fora da Europa. Ou seja, a Turquia apenas aplica plenamente a Convenção de Genebra às pessoas que fogem à perseguição e/ou à guerra, na Europa. E o acordo não respeitou o processo de conclusão de acordos internacionais previsto no artigo 218.º do TFUE, o que o torna inválido.

As críticas mais fortes contra um acordo UE-Turquia vieram de "organizações de direitos humanos preocupadas com as potenciais consequências humanitárias e com a legalidade de um regresso direto de migrantes e/ou refugiados da Grécia para a Turquia" (EMMANOULIDIS, 2016). Argumentando que a União Europeia e os seus membros têm a obrigação legal e moral de proteger as pessoas carecidas de proteção internacional que chegam às margens da Europa.

Apesar de todas as críticas, a declaração em análise tem a possibilidade de, por um lado, impedir rotas irregulares de migração para a Europa e, por outro lado, de

[66] Informação obtida na página oficial da Human Rights Watch, *op. cit.* [20.04.2017].

"viabilizar a reinstalação enquanto canal legal de acesso à União Europeia para as pessoas carecidas de proteção internacional" (PIÇARRA, 2016, p. 38). No entanto, o "'imperativo humanitário' exige que o acordo UE-Turquia seja complementado por uma política comum de asilo muito mais eficiente e por outras medidas a longo prazo" (EMMANOULIDIS, 2016), no âmbito de um plano global destinado a equilibrar solidariedade e segurança.

No que toca à gestão dos fluxos migratórios de acordo com a Diretiva Regresso – que assenta na celebração de acordos de readmissão –, segundo a Amnistia Internacional, "sob a pressão exercida pela UE, a Itália tem tentado aumentar o número de migrantes que faz regressar aos seus países de origem"[67], incluindo "a negociação de acordos de readmissão com países que cometem atrocidades chocantes"[68]. Um dos Memorandos de Entendimento (MDE) foi assinado entre a Itália e as autoridades policiais sudanesas em agosto de 2015, permitindo um processo de identificação sumário que, em algumas circunstancias, pode até ocorrer no Sudão, depois de a expulsão do território italiano ter ocorrido. Porém, mesmo quando o processo de identificação é feito em Itália, "este é tão superficial e tão profundamente delegado nas autoridades sudanesas que não permite fazer a determinação individualizada de que a pessoa não ficará em risco real de ser sujeita a graves violações de direitos humanos ao regressar ao país de origem"[69]. O processo resultou já em casos de expulsões ilegais, como é documentado no relatório. Neste contexto, a Agência da União Europeia para os Direitos Fundamentais entende que, para evitar infringir maus-tratos a pessoas expulsas, "os Estados-Membros da UE devem ponderar a criação de mecanismos de controlo eficazes para o retorno dos migrantes irregulares"[70]. A proteção dos direitos fundamentais nos processos de

[67] Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, http://www.amnistia.pt/index.php/o-que-fazemos/as-nossas-campanhas/refugiados/2015-09-14-16-43-20/2559-politicas-europeias-de-endurecimento-levam-a-abusos-de-refugiados-e-migrantes-em-italia [20.04.2017].

[68] Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, *op. cit.* [20.04.2017].

[69] Informação obtida na página oficial da Amnistia Internacional, *op. cit.* [20.04.2017].

[70] Informação obtida na página oficial da European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), http://fra.europa.eu/en/opinion/2016/fra-opinion-fundamental-rights-hotspots-set-greece-and-italy [12.03.2017].

retorno contribui para que estes sejam mais eficazes e mais humanos, favorecendo alternativas menos intrusivas à detenção e apoiando os retornos voluntários, que são mais sustentáveis, em detrimento dos retornos forçados.

5. Conclusão

Até agora, "a União Europeia e os seus Estados-Membros dão prioridade à gestão das fronteiras externas e lutam contra a migração irregular, em detrimento de um regime de asilo e de migração legal adequado" (BERTIN; LIN; TENNANT; TARAN, 2016). Consequentemente, a securitização do migrante como ameaça apenas contribui para distorcer os compromissos dos Estados-Membros em matéria de proteção internacional. O tratamento da questão, de forma eficiente, deveria, ao invés, contribuir para reforçar os direitos fundamentais tal como, a estabilidade interna e nas fronteiras da União.

Todas as medidas adotadas são de caráter conjuntural e de eficácia diminuta, tratando a gestão migratória de forma reativa e demorada. Além de que, são acompanhadas por medidas unilaterais dos Estados-Membros de trânsito e de destino do afluxo de migrantes e de refugiados, como a reintrodução de controlos nas fronteiras internas, a construção de muros nas fronteiras externas, comunicações de limitação ou de recusa ao acolhimento de requerentes de proteção internacional.

Deste modo, por um lado, nunca foram tão evidentes as insuficiências das medidas adotadas para solucionar o afluxo massivo de migrantes na Europa; e, por outro lado, as condições políticas nunca foram tão adversas para reformar de forma eficaz, coesa e de acordo com os sistemas de proteção dos direitos humanos em geral, e dos refugiados em particular, a política europeia comum em matéria de asilo, proteção subsidiária e proteção temporária, bem como o sistema de Dublin III.

Bibliografia

BERTIN, Arnaud; LIN, Beier; TENNANT, Evalyn; TARAN, Patrick. *Migrants & Refugees have rights! Impact of EU policies on accessing protection*. Brussels: Caritas Europa, 2016. Disponível em: http://www.caritas.eu/news/report-migrants-and-refugees-have-rights . Acesso em: 01 fev. 2017.

EMMANOULIDIS, Janis A. Elements of a complex but still incomplete puzzle: as assessment of the EU (-Turkey) summit. *CEPS Post-Summit Analysis*, 21 march 2016. Disponível em: http://www.epc.eu/pub_details.php?cat_id=5&pub_id=6417&year=2016 . Acesso em 7 set. .2016.

GRAHL-MADSEN, Atle. The European Tradition of Asylum and the Development of Refugee Law. *Journal of Peace Research*, vol. 3, nº 3, September, p. 278-288, 1966.

GIL, Ana Rita. A crise migratória de 2015 e os direitos humanos das pessoas carecidas de proteção internacional: o direito europeu posto à prova. In: AMARAL, Maria Lúcia (org.). *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*. Coimbra: Almedina, 2016.

GROS, Daniel; GUILD, Elspeth; CASSARINO, Jean-Pierre; CARRERA, Sergio; BLOCKMANS, Steven. The European Border and Coast Guard. Adressing migration and asylum challenges in the Mediterranean? Brussels: CEPS, 2017. Disponível em: https://www.ceps.eu/publications/european-border-and-coast-guard-addressing-migration-and-asylum-challenges . Acesso em: 20 fev. 2017.

NASCIMENTO, Daniela; FREIRE, Maria Raquel. Desafiar a agenda? Políticas e práticas de in(ex)clusão na UE: um olhar sobre os fluxos de refugiados. *Debater a Europa*: Portugal e a Europa. 30 anos de integração, 15, jul.-dez., 2016.

PASCOUAU, Yves. Do conflito ao equilíbrio: a construção de uma plataforma comum para o consenso social e político sobre imigração. *Melhorar as respostas à crise migratória e de refugiados na Europa*. Lisboa: Vision Europe Summit/Fundação Calouste Gulbenkian, p. 14-29, 2016. Disponível em: https://s3-eu-central-1.amazonaws.com/content.gulbenkian.pt/wp-content/uploads/2017/08/29195350/VisionEurope_PolicyPapers_PT_2017.pdf Acesso em: 20 dez. 2016.

PIÇARRA, Nuno. A União Europeia e "a crise migratória e de refugiados sem precedentes": crónica breve de uma ruptura do Sistema Europeu Comum de Asilo. *E-Pública Revista Eletrónica de Direito Público*, Lisboa, vol. 3, nº 2, novembro, p. 1-40, 2016. Disponível

em: http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v3n2/v3n2a01.pdf . Acesso em 20 fev. 2017.

TUITT, Patricia. Human rights and refugees. *The International Journal of Human Rights*, vol. 1, nº 2, Summer, p. 66-80, 1997.

Sobre o liberalismo e a sua representação política

About liberalism and their political representation

Paulo Márcio Cruz[*]/Jaqueline Moretti Quintero[**]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo apresentar o contexto histórico do liberalismo, utilizando como base o autor Nicola Matteucci, trazendo à tona os interesses essenciais para o desenvolvimento do Estado liberal através da política voltada para os princípios da liberdade e igualdade e expor a forma de representatividade política utilizada no liberalismo. Procurou-se ainda destacar a importância do fortalecimento das normas constitucionais para legitimar a autonomia nas relações interpessoais garantido pelo Estado através da possibilidade igualitária de oportunidades para todos. O método utilizado foi o indutivo e as técnicas de pesquisa foram: categoria, conceito operacional e fichamento.

PALAVRAS-CHAVE: liberalismo; representação política; liberdade; igualdade.

ABSTRACT: The article aims to present the historical context of liberalism, using as basis the idea of the author Nicola Matteucci, bringing to light the main interests for the development of the liberal State trough the policy focused on principles of liberty and equality; and expose the forms of political representation used in liberalism. It was also highlighted the importance of strengthening the constitutional norms in order to legitimize autonomy in interpersonal relationships, guaranteed by the State through the equal opportunities for all. Regarding methodology, was used the inductive method and the techniques of category, operational concept and bibliographic research.

KEYWORDS: liberalism; political representation; liberty; equality.

---

[*] Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenador dos Cursos de Doutorado e de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Itajaí/SC/Brasil).

[**] Aluna do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica - CDCJ/PPCJ da UNIVALI (linha de pesquisa: Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade). Professora de Direito Civil do Curso de Direito da UNIVALI.

1. Introdução

O liberalismo, em seu surgimento, remete-nos obrigatoriamente para a Revolução Francesa no século XVIII, apresentando os efeitos das lutas em busca de sua emblemática tríade da liberdade, igualdade e fraternidade. A luta por tais direitos e as suas garantias previstas num conjunto de normas institucionalizadas e legítimas fez com que significativas mudanças ocorressem na Europa naquela época, seja sob o aspecto político, econômico ou cultural.

Em busca da felicidade a sociedade passou a se interessar pela garantia da liberdade e igualdade de oportunidades, sobretudo a chamada sociedade burguesa que, ao mesmo tempo em que ganhou espaço e força nos debates políticos e sociais, teve por finalidade a acumulação de capitais e a conquista patrimonial.

Com o fim do período absolutista, a garantia dos direitos recém-conquistados compreende o corpo de um documento político a que se designou de Constituição, surgindo assim o chamado Estado de direito, que fundamenta a ideia de que embora a sociedade estivesse tutelada por direitos e liberdades, deveria existir limitações à liberdade visando um melhor convívio social.

Entendendo o poder político como advindo do cidadão, a constituição de leis que buscam estabelecer a justiça e a imparcialidade – para que as divergências sociais possam ser apaziguadas através da equidade e da razoabilidade – tentou estabelecer, através da representação política, o tom do discurso da ordem política, que se seguiria até os dias atuais. A representatividade política como forma de democracia, para que os direitos obtidos pudessem ser garantidos, foi a maneira encontrada para atender os interesses da sociedade e primar pela ordem pública sem retroceder nas conquistas obtidas após anos de luta em busca da liberdade do indivíduo.

2. Contexto histórico do liberalismo para Nicola Matteucci

A acepção do termo "liberal", na sua significação política, foi usada pela primeira vez nas Cortes de Cádiz de 1812 para fazer referência ao partido que defendia as

liberdades públicas constitucionais. A Constituição de Cádis, também conhecida por Constituição Espanhola de 1812 ou *La Pepa*, foi aprovada em 18 de março de 1812 pelas Cortes Gerais Extraordinárias congregadas na cidade de Cádis e promulgada imediatamente, sendo o primeiro documento constitucional aprovado na Península Ibérica e um dos primeiros no mundo. Modernamente, foi apenas antecedida pela Constituição Corsa de 1755 (a primeira constituição realmente democrática), pela Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e pela Constituição Francesa de 1791.

A Revolução Industrial e a Restauração na Europa (1814-1848) foram marcados pelo crescimento da classe média e por insurreições que tinham em sua base a luta entre a monarquia e os cidadãos. Soma-se a esses fatores as Guerras Revolucionárias Francesas (1789-1802) e as Guerras Napoleônicas (1802-1814) que difundiram os ideais liberais e nacionalistas pela Europa.

A aspiração prioritária dos liberais seria uma constituição que apresentasse maior controle sobre o governo (notadamente na França) ou, ainda, a ampliação do sufrágio eleitoral (mais fortemente percebido na Inglaterra).

Os carateres liberais assentam no entendimento da necessidade de separação relativamente ao poder religioso, permitindo uma nova forma de ver a espiritualidade e uma nova forma de percepção ético-política, à medida em que a revolução progredia e que o Estado constitucional começava a ser construído. Depois de séculos de revoluções e guerras civis, eis a inovação histórica da modernidade constitucional: um conjunto de normas que reconhece um governo submisso à normatização geral.

Desprendido da tradição dos mitos que estavam antes instituídos, o Estado liberal facultou ao indivíduo a possibilidade de ocupar-se agora de uma sociedade livre das relações corporativas e, conquistando uma nova forma de ver o mundo através da razão, buscar o domínio sobre e para a realização das suas necessidades, aproveitando os recursos naturais e edificando uma nova forma de civilidade conforme seus próprios preceitos.

Os liberais trouxeram em seu legado o combate à intolerância, que teria acabado com a asseveração da liberdade religiosa, defendendo o Estado laico para que cada

um pudesse escolher seu modelo religioso, manifestando sua fé pessoal, livre dos impulsos estabelecidos pelo homem para a sua doutrinação. De tal forma, surge a luta contra o despotismo clerical, banindo-se o foro eclesiástico, na busca por um Estado laico.

A singularidade do indivíduo (e a nova identidade da nação) tem sua forma maior no direito à livre expressão. Da liberdade decorrem mudanças que de forma célere transformaram o aspecto da Europa, permitindo o surgimento de uma opinião pública informada que, através de um livre debate, passa a observar e questionar o governo, travando uma luta contra o absolutismo e a favor da constituição. Além disso, o liberalismo trouxe um ambiente de liberdade, não apenas político, que interferiu diretamente no mercado.

O mercado possibilitou o desenvolvimento econômico das nações, a formação da riqueza, um ambiente de trocas de experiências que recompensava aqueles que mais se destacavam e punia os mais fracos. Ou seja, ofereceu um fundamento para o plano econômico segundo o qual para aquele que realizasse um bom trabalho, bem feito e aprimorado, haveria uma seleção natural em relação aos demais, formando-se desse modo os grupos que liderariam o mercado e trariam resultados para toda a sociedade. No plano econômico, esta seleção reforça a valorização feita pela propriedade e obtenção de riqueza, através do trabalho baseado na liberdade de cada indivíduo para realizar suas conquistas.

A liberdade possibilitou ainda ao indivíduo o desenvolvimento de uma aptidão crítica e articulatória, através da opinião pública que se motivava na troca de ideias entre indivíduos mais eloquentes na filosofia, história, preceitos morais e religiosos, resultando, assim, no diálogo entre pessoas comuns que agora debatiam livremente suas ideias.

O Estado político, observando o mercado em crescimento, não deveria fazer intervenções, pois agindo dessa forma poderia estar utilizando seu poder para agir em seus próprios interesses, transgredindo, de tal forma, as regras naturais do desenvolvimento do comércio e da liberdade comercial.

Com o objetivo de alcançar a liberdade e garantir a propriedade sobre a riqueza adquirida, houve uma maior preocupação com a manutenção desses direitos,

rejeitando-se, por sua vez, a intervenção política no próprio desenvolvimento econômico que se iniciava. Buscava-se ainda a asserção da competitividade como novo meio de identificar a aristocracia política e intelectual de uma nova sociedade que surgia preocupada em atingir e garantir seus próprios interesses.

A liberdade é a vitória da diversidade sobre a uniformidade, da variedade de individualidades e de sua expressão contra as ideias abstratas de igualdade, favorecidas pelo absolutismo, os jacobinos e o sistema napoleônico. Se fala assim de uma época liberal, não só porque nesse período se toma consciência de que a liberdade é o valor supremo da vida individual e social, mas porque a liberdade é categoria que cria e desenvolve toda uma série de comportamentos políticos e sociais entre si intimamente ligados (MATTEUCCI, 1998. p. 264).

O liberalismo na Europa aparece dividido em liberalismo ético e liberalismo utilitarista – que tem como objetivo a realização do indivíduo. O liberalismo utilitarista destaca que o interesse próprio é o único que move o indivíduo, tendo como objetivo principal a política que alia mercado e utilidade.

Buscava-se conceber estruturas políticas que pudessem elevar ao máximo o mercado político, ampliando o cálculo utilitário ao maior número de pessoas, fazendo com que os governantes ficassem dependentes das leis estabelecidas pelo mercado. Esse cálculo utilitário estaria ligado diretamente à proporção da máxima felicidade possível ao maior número de pessoas, aderindo à satisfação do indivíduo com o acúmulo de riquezas conquistadas dentro de suas possibilidades.

O utilitarismo dissipa a ética existente na moralidade obtida no decorrer da história dos povos, uma vez que considera prioritariamente as consequências das ações e seus objetivos em detrimento do efeito causado coletivamente.

Já o liberalismo ético não tenta recusar ao homem o seu livre arbítrio ou seus objetivos particulares, desde que esses possam ser compatibilizados com a dos outros, baseando-se no princípio da igualdade, que de início é jurídica (Kant) e depois tende a ser também de fato (Mill e Tocqueville).

Os primeiros cinquenta anos do século XIX marcaram historicamente as convergências do liberalismo europeu crivando a ruptura entre as finalidades

traçadas a partir da ética e dos negócios mercantilistas, separando interesses pessoais de interesses coletivos, possibilitando o surgimento de campos diretamente ligados à liberdade que se manifestariam mais fortemente com o passar dos anos, através da opinião pública e do próprio mercado, surgindo assim uma nova fase política, econômica e social, envolvidas pelo Estado constitucional.

Entendendo então o direito como o regulamento ou a condição formal para a convivência dos indivíduos amparado na determinação natural de liberdade, nasce um juízo crítico aceito como ideal e inato a todos os sujeitos para garantia dessa liberdade a todos, como possibilidade de garantir a coexistência harmônica em comunidade, deixando assim o indivíduo completamente fora do Estado paternalista, subjugando a pretensão de obrigar o indivíduo a ser feliz como o Estado julga que deva ser a felicidade. A coexistência é possível graças ao direito público, ou melhor, à constituição, que se converte em ordem absoluta da razão prática, do desenvolvimento humano (MATTEUCCI, 1998. p. 269).

O direito público nos é apresentado como um conjunto de leis feitas para a coletividade de cidadãos que convivem com interferência mútua, e que, em função disso, precisam de um Estado jurídico para alcançar suas necessidades comuns. Este direito público aparece transcrito na forma de uma constituição que irá compartilhar os direitos atribuídos aos seus.

A liberdade é uma conquista particular do homem, está muito além de um privilégio concedido – e a liberdade jurídica é o ponto crucial que irá unir a todos os indivíduos respeitando suas diferenças, permitindo a formação de grupos civis sem distinção ou privilégios, para que a sociedade possa desenvolver-se igualitariamente.

Para Rousseau era fácil distinguir entre o cidadão antigo, inteiramente envolvido com a vida pública e fiel apenas à virtude, e o burguês moderno, fechado em sua vida privada, seguidor de seu próprio interesse. Para Alexis de Tocqueville, a concepção liberal não é privatista, preocupada com o exercício dos interesses de sua propriedade, atenta somente a defender a autonomia de mercado, fechado na moral que muitos reprovaram na burguesia. A concepção liberal é essencialmente pública, já que conduz a uma função política – através da opinião pública – em que devem preponderar os valores universais (MATTEUCCI, 1998. p. 275 – 276).

O liberalismo moderno teve início com as revoluções burguesas que permitiram o ingresso do poder da burguesia, ocorrendo pela forma revolucionária e rejeitando o antigo regime absolutista. Diante de tal fato,

> *O novo Estado Constitucional que sucedeu o Antigo Regime foi projetado para garantir o primado da supremacia das leis e contratos privados. O ordenamento jurídico liberal concebia a propriedade privada como seu principal instituto, o que atendia à principal reivindicação da burguesia, cansada das inseguranças vividas durante o absolutismo (CRUZ, 2002, p. 110).*

O liberalismo na França se definiu como burguês, mas o burguês é o cidadão, vivendo em uma classe que tem como valores morais os interesses coletivos, tratando tais interesses como universais. Esse cidadão afrontava a aristocracia proprietária das terras feudais – que a partir daquele momento queria também exigir para si, através da competição e trabalho na busca pela riqueza e propriedade.

> *Alexis de Tocqueville com "Democracia na América" (1840) e John Stuart Mill em "Sobre a Liberdade" (1859) mostram como, com o advento da democracia, é necessário analisar o problema do poder desde uma ótica distinta de como se vinha fazendo: na medida em que o soberano já não era o rei, mas sim o povo, não parecia necessário defendê-lo do governo, pois este estava construído por seus representantes (MATTEUCCI, 1998. p. 279, livre tradução do autor).*

Assim, a separação das uniões corporativas e das vantagens feudais permitem um avanço econômico que acompanha esse novo fenômeno associativista. A cultura se transforma profundamente, na medida em que a vontade de atingir fama ou prestígio são superadas pelo dinheiro e as concepções intelectivas são trocadas por objetos e mercadorias. Essa iminência do ter sobre o ser poderia ser suplantada através da força espiritual por meio da religião. De tal forma Alexis de Tocqueville vê na religião

> *[...] uma autêntica instituição política na medida em que era algo distinto e oposto à política. Era a única força essencial à natureza humana que podia dissuadir o indivíduo da corrida ao bem estar e ao gozo dos bens materiais, emancipando-o de um horizonte meramente terrestre (MATTEUCCI, 1998, p. 280, livre tradução do autor).*

John Stuart Mill destacava a conveniência da religião para a efêmera felicidade da humanidade, não somente por seu conteúdo moral, mas porque a religião sacia uma imensa necessidade humana: a de concepções ideais mais valorosas e bonitas do que

a que vemos realizar-se com a quotidiana vida do homem (MATTEUCCI, 1998. p. 280). Tanto Alexis de Tocqueville quanto John Stuart Mill percebiam que a alienação ofuscava as ideias com a repetição do trabalho que aprimora o trabalhador mas enfraquece o homem, tornando-se dependente dele sem a possibilidade de fazer suas próprias escolhas. Promoveu-se assim, através da revolução industrial, o surgimento de uma nova aristocracia que não pretendia reger ou governar a população, mas explorar sua força de trabalho.

Na análise democrática do convívio em sociedade (para uma democracia que busca na liberdade a igualdade da coexistência, tentando expandir o campo da independência do indivíduo, valorizando o homem em si) traçam-se alternativas para a possibilidade desse convívio, como a associação, fosse para o desenvolvimento econômico ou para o auxílio recíproco.

Sendo assim

> *Vê-se na livre associação o instrumento necessário e indispensável para a afirmação da personalidade do indivíduo e também, porque é capaz de resistir ao Estado e à sociedade. Essa não sempre tem uma finalidade estritamente política (os partidos), mas também social e civil. O individualismo se traduz em uma concepção pluralista da sociedade (MATTEUCCI, 1998, p. 282).*

O constitucionalismo absorve o pluralismo como seu complemento – traz para a nova democracia liberal o constitucionalismo pluralista –, baseando o governo em uma sociedade livre a fim de que esse governo também possa ser considerado livre. Tal liberdade sugere em sua essência que esse governo seja estabelecido pelo povo e que o povo possa governar.

Assim, a liberdade conquistada pelo homem deve ser governada de forma coerente e traz a possibilidade de igualdade entre os homens que a conquistaram. Esse governo não pode ser feito de forma manipulada ou por pessoas que não conheçam os instrumentos necessários para se governar. É importante ter à frente de um povo pessoas com competência intelectual e com moralidade exequível para levar adiante propostas condizentes com as necessidades desse povo que exige viver em democracia. A liberdade, mais do que uma conquista individual, é uma garantia que deve ser permitida a todos – e somente pode ser factível com normas constitucionais que visem a manutenção de direitos caros ao homem.

3. Liberdade e igualdade na concepção liberal

Essencialmente, a liberdade não pode ser concebida como ilimitada, a não ser num espaço anárquico, ocupado por indivíduos que não se submetem às imposições e regras estabelecidas pelo grupo ou por seu líder. Entende-se que a liberdade deve ter as limitações impostas por uma organização de normas que vai estabelecer-se através da constituição, na medida em que esta toma forma e é aceita por todos.

Pode-se conceituar o liberalismo como

> *Corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII […] caracteriza-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado que deve procurar ser neutro. Postula tanto uma filosofia tolerante da vida como modelo social que conseguiu substituir o Antigo Regime e cujos conteúdos se constituíram em fundamento jurídico e político das constituições democráticas (CRUZ, 2002. p. 89).*

O fortalecimento das normas constitucionais se deu quando o homem percebeu que a utilização da liberdade de um indivíduo não pode prejudicar o uso da liberdade de outro. Há uma barreira de permissibilidade que estabelece até onde cada um pode usar de seus métodos e esforços para atingir a sua felicidade, sem que isso possa trazer qualquer dano ou moléstia ao outro indivíduo que possui as mesmas prerrogativas.

Segundo Georges Burdeau (1979, p. 40.) "[...] o papel da lei não consiste em tirar à autonomia individual as parcelas duma liberdade incompatível com a vida comum, mas em verificar, com a precisão duma regra jurídica, os limites que a liberdade comporta no seu próprio princípio".

O princípio da liberdade é a expressão da autonomia nas relações interpessoais, garantido pelo Estado através da possibilidade igualitária de oportunidades para todos. Ainda que este princípio não seja efetivamente vivenciado em sociedade, é o cerne da liberdade concedida, ou quem sabe até conquistada, para uma melhor convivência em sociedade nos Estados democráticos de direito. De tal forma, observa-se que

> *Analisar o liberalismo pressupõe ligar esta ideologia política, desde seu início, a uma categoria específica: a burguesia e a modelo socioeconômico específico: o capitalismo, independente do momento histórico em que foi observado, em suas origens ou quando plenamente desenvolvido [...] Quando se parte desta premissa, é natural que se conecte, de maneira muito intensa, o desenvolvimento do liberalismo como ideologia,*

> *filosofia e doutrina política com a evolução do capitalismo no plano econômico e da burguesia no plano social (CRUZ, 2002, p. 90).*

Até mesmo os revolucionários do século XVIII perceberam a importância do Estado para o estabelecimento de normas jurídicas, determinando critérios para o uso da liberdade individual. O que estes revolucionários não mais aceitariam seria a continuidade de um Estado absolutista, cerceando toda espécie de liberdade.

A independência do sujeito que vive em comunidade vai se expressar em uma liberdade vivida em sociedade, que coordena as ações com a observância das consequências que atingirão a coletividade, mantendo o círculo vinculante com a liberdade do outro. O Estado atua como garantidor, através de sua legitimidade coatora, da ordem pública ao administrar as possibilidades permitidas aos indivíduos no uso de suas liberdades, utilizando-se de normas que sejam significativas a todos os seus membros, propiciando a convivência harmônica entre seus representados.

De toda forma, a evolução do liberalismo trouxe o pensamento de que o Estado não deve intervir nas atividades realizadas pelos grupos econômicos, pois poderia interferir na concorrência e na liberdade negocial de atingir objetivos financeiros, afetando diretamente a autonomia comercial.

Matteucci (1998, p. 275) analisa, em sua percepção sobre as necessidades do homem inserido na sociedade liberal, que o indivíduo já não reclama seus direitos em nome de um direito natural, mas reclama a sua liberdade de pessoa historicamente concreta e, portanto, diferente das demais, sempre com múltiplas e diversas relações com o Estado e com outros homens, considerando que os indivíduos são distintos, sendo iguais somente em sua humanidade.

Para John Rawls (2000, p. 182) o atributo particular da relação política num regime constitucional é de que o poder político é, prementemente, o poder público, ou seja, o poder dos cidadãos livres e iguais na sua coletividade. Assim sendo, o poder político do cidadão está diretamente ligado aos princípios constitucionais estabelecidos pelo legislador – que o cidadão aceitou e concordou em seguir a fim de garantir as liberdades individuais tão almejadas e a justiça através da equidade da lei.

Neste sentido, já prenunciava Emmanuel Sieyes (2001, p. 95) que

> *O poder só exerce um poder real enquanto é constitucional. Só é legal enquanto é fiel às leis que foram impostas. A vontade nacional, ao contrário, só precisa de sua realidade para ser sempre legal: ela é a origem de toda legalidade. Não só a nação não está submetida a uma Constituição, como ela não pode estar, ela não deve estar, o que equivale a dizer que ela não está.*

O poder fundado na lei, não somente para o povo mas para seus governantes, produz um efeito de percepção de garantias dos direitos estabelecidos, permitindo assim a possibilidade de exigir condições de igualdade que antes da sua instituição não seria possível. Neste sentido, a Constituição é a garantia de liberdade quando está acima de forças políticas, não podendo ser violada por elas (MATTEUCCI, 1998, p. 244).

Não se pode sustentar, de todo modo, que o poder soberano que Hobbes e Rousseau haviam colocado como ponto central da constituição dos modernos pudesse ser entendido como um poder arbitrário. Ao contrário, era compreendido como um poder tendente a garantir, via pacto social, os direitos individuais. Isto reforça a ideia de que é possível exercer o poder que expressa a soberania sem que o mesmo seja ilimitado em sua origem (FIORAVANTI, 2001, p. 86).

A lei deverá funcionar então como forma de proteção contra o abuso do poder governante relativamente aos representados, permitindo a possibilidade de maior lisura nos atos assumidos em nome do povo que é governado. De tal forma, em seu aspecto de generalidade, permite atingir a todos de forma igualitária.

4. Liberalismo e representação política

A soberania está diretamente ligada à democracia, na medida que o povo é o titular desse poder soberano. Todavia, a pluralidade de ideais e vontades desse povo pode colocar em risco a própria soberania conquistada, de tal forma que é necessário unificar e conduzir o desígnio de manter unido o povo soberano e seus interesses, protegendo-o e alicerçando suas bases políticas e jurídicas com formas que possibilitem sua manifestação.

A democracia como conhecemos hoje talvez não seja considerada por muitos a mais adequada, nem mesmo para os liberais, mas foi o modelo que se afigurou melhor moldado para gerir os interesses gerais seguindo as normas estabelecidas – em função da pluralidade de pensamentos e vontades – e projetando a busca do objetivo comum da sociedade.

A manutenção de condições iguais entre os indivíduos para a prossecução de liberdades individuais e de crescimento através da obtenção de riqueza fez da democracia representativa no Estado liberal não a forma ideal, mas, porventura, a mais racional para atribuir governabilidade ao povo.

A coesão social assenta numa concordância sobre a convicção política. A estabilidade é plausível quando as doutrinas que compõem o consenso são acolhidas e aceitas pelos cidadãos politicamente ativos da sociedade e as reivindicações da justiça não se confrontam gravemente com os interesses essenciais dos cidadãos, tal como constituídos e estimulados pelos acordos sociais (RAWLS, 2000, p. 179). Ou seja, para que os indivíduos representados apoiem a governança, importa que os princípios estabelecidos sejam compreendidos como essenciais para a manutenção da civilidade no convívio social.

Uma norma é considerada moralmente válida quando pode ser moralmente aprovada e justificada. Se um conjunto de normas ou leis não apresenta nenhuma espécie de validade social – ou seja, se não consegue atingir eficácia social –, esse ordenamento jurídico não consegue atingir validade jurídica. De tal forma, a definição de validade jurídica incide, fundamentalmente, em subsídios de validade social (ALEXY, 2011, p. 103).

Na análise do positivismo jurídico de Hart, Ronald Dworkin esclarece que a teoria da regra social não pode ser considerada um exemplo satisfatório da moralidade convencional (aquela que leva em consideração o acordo estabelecido socialmente) porque não consegue explicar o fato de que, mesmo quando os indivíduos entendem que determinada prática social integra as razões que justificam a existência de um dever, ainda assim esses indivíduos podem discordar quanto à dimensão e alcance de tal dever (DWORKIN, 2002, p. 86).

A preocupação maior estaria em se estabelecer uma constituição forte, que apresentasse uma expressiva e consolidada vinculação com os grupos sociais e, de tal maneira, que também pudesse estender essa força para o poder público, traduzindo esse esforço num Estado soberano com capacidade de aplicar e atribuir a lei como demonstração da obrigação percebida em priorizar o interesse social acima dos interesses particulares.

No entanto, observava-se a discrepância existente entre as forças organizadas na sociedade em razão do poder econômico. Isto interfere diretamente no poder político e na representatividade social em função dos interesses de uma minoria. De tal forma, pode-se destacar que

> *A pobreza passou a ser vista como um atestado de incapacidade para a acumulação de riquezas, tornada possível pela adoção do capitalismo liberal burguês. Esta posição também foi transposta para a órbita política, ou seja, quem não tinha riquezas também estaria, por consequência, impedido de participar de qualquer atividade política destinada à disputa pelo Poder do Estado.*
>
> *Durante boa parte do século XIX, a burguesia europeia tratou de disseminar a mensagem filosófica que justificava a diferença de classes e o caráter natural da relação entre capital e trabalho, pois a liberdade, como valor universal, admitia, inclusive, a possibilidade da alienação da força de trabalho individual (CRUZ, 2002, p. 112).*

A construção da constituição liberal – assente nos princípios de liberdade e igualdade – deriva do desenvolvimento histórico do pacto estabelecido entre os cidadãos e o Estado que os representa tendo por escopo a garantia de direitos. A liberdade fundamenta a busca da riqueza, felicidade e interesses individuais – sem atingir de forma prejudicial os interesses individuais do outro. Já a igualdade de oportunidades permite que se alcance interesses individuais a partir de um sistema normativo que vincula a todos os cidadãos.

No período pós Revolução Francesa, alguns teóricos como o político francês Benjamin Constant (1767-1830) entendiam que os direitos deveriam pertencer ao campo da lei e não ao campo da constituição – esta deveria ocupar-se da forma de governo tendente a estabilizar e disciplinar o processo de decisão política (FIORAVANTI, 2001, p. 128-129). Torna-se, entretanto, necessária uma forma mais

próxima de vinculação e designação de representantes por seus representados para que haja maior legitimidade em sua atuação.

Para John Rawls (2000, p. 182) a definição do princípio liberal de legitimidade é de que o exercício do poder político é considerado totalmente adequado apenas nas situações na qual está em consonância com uma constituição, cujos elementos fundamentais possam trazer a expectativa de que todos, na qualidade de cidadãos livres e iguais, a possam apoiar à luz de princípios e juízos acolhidos pela sua razão humana comum.

O triunfo do regime representativo procedeu do fato de ele ter sido percebido como o mais adequado para exercitar-se a liberdade política, pois sendo aceito como o modelo ímpar admissível da demonstração da soberania do povo, o Estado liberal pôde dele se valer para dominar a sua força.

O resultado da representatividade política deveria ser o estreitamento entre a vontade manifesta do povo e uma classe de pessoas dotadas de razão, razoabilidade e sensibilidade para entender esse clamor e qual a forma mais adequada de coloca-lo em prática, sem dar privilégios a pequenos grupos ou permitir que certos devaneios políticos ou disputas de poder pudessem interferir na essencialidade da representação política que seria o verdadeiro exercício da democracia.

5. Considerações finais

Diante do exposto, com base na obra de Matteucci, para o liberalismo o *status* natural do homem é o homem livre, que possa conquistar e possuir seus bens e garantir sua liberdade com a mínima intervenção do Estado. Este Estado deve atuar, necessariamente, como garantidor dos direitos obtidos através da liberdade, como órgão coator para que as regras estabelecidas não sejam infringidas e seus bens usurpados ou danificados por meio de uma liberdade sem medidas.

Para garantir o bom andamento da representatividade política e legitimar as ações de seus representantes – por forma a satisfazer as necessidades e dirimir as ansiedades da população –, é necessário compor uma constituição que satisfaça os

princípios liberais de justiça, espontaneamente reconhecida pela sociedade como uma arquitetura de leis de caráter duradouro e garantidor de direitos políticos fundamentais.

Essa constituição deve estar amparada nos preceitos de justiça baseados na equidade e na igualdade de direitos de todos.

Referências das fontes citadas

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

BURDEAU, Georges. *O liberalismo*. Trad. de J. Ferreira. Póvoa de Varzim: Francisco Lyon de Castro Editor, 1979.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo*. 3.ª ed. Curitiba: Juruá, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la Antiguidad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Trad. F. J. Ansuatpegui Roig y M. Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. de Dinah de Abreu Azevedo. 2.ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

SIEYES, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*: qu'est-ce que le tiers état? Tradução Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

A partilha dos *royalties* do petróleo decorrentes da exploração *offshore* no Brasil – um caso de comprometimento do equilíbrio federativo

Sharing royalties from offshore exploration oil in Brazil – a case of federal balance commitment

Raymundo Juliano Feitosa[*]/Marconi Costa Albuquerque[**]

RESUMO: Este trabalho tem como escopo a questão da partilha dos royalties do petróleo, resultantes da produção brasileira offshore. Destaca-se a repercussão que as escolhas inapropriadas do método de divisão dos resultados da exploração possam acarretar no âmbito do custo social para os diversos entes federados, comprometendo o desenvolvimento econômico. A problematização relacionada à exploração de óleo offshore é analisada na perspectiva de seu caráter estratégico e fator indutor do desenvolvimento, a partir de abordagens focadas nos direitos econômico, constitucional e regulatório, visando dirimir dúvidas, ora judicializadas, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVES: petróleo; royalty; direito econômico; direito regulatório; pré-sal.

ABSTRACT: This article aims to discuss the questions about offshore oil production royalties in Brazil. It is worthwhile, that applying inappropriate methods used to share the oil exploration royalties results, can cause increment of the social costs, increasing the impact for different federated entities, jeopardizing the economic development as well, when dealing with this issue. The main issue regarding the offshore oil production royalties will be described on its strategic character perspectives and inducing development factor, based on approaches related with economic, constitutional and regulatory laws, aiming to solve doubts that are nowadays being discussed in the Brazilian Supreme Court.

KEYWORDS: petroleum; royalties; economic law; constitutional law; regulatory law; presalt.

---

[*] Doutor em Direito pela Universidad Autonoma de Madrid. Professor dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

[**] Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

1. Introdução

O presente trabalho, tomando por base elementos de direito econômico e ênfase nas balizas do federalismo fiscal, visa discutir a temática relacionada com os *royalties* decorrentes da produção de petróleo na plataforma continental do Brasil. Busca-se analisar o tema sem um maior atrelamento ao modelo normativo específico do atual regime regulatório brasileiro em vigor, tentando repercutir a questão, devotando maior destaque, para inúmeros outros enfoques hauridos a partir de uma análise multidisciplinar, nos quais buscar-se-á salientar a importância de uma apreciação calcada em parâmetros sobranceiros de justiça.

Dessa forma, são aqui trazidas à baila discussões muito caras ao direito econômico e outras tantas que estão diretamente ligadas ao modelo federativo de Estado, no qual se assenta, como destaque, o elemento cooperativo como um dos seus pontos relevantes de sustentação. A questão do petróleo, a sua produção a partir do ambiente de plataforma continental e a divisão dos resultados econômico-financeiros pautada, sobretudo, pelos *royalties*, uma das participações governamentais previstas pela legislação brasileira de regência, constitui, sem qualquer sombra de dúvida, tema dos mais palpitantes, seja no campo do direito como um todo, seja no campo econômico, restando claro que a repercussão do seu tratamento legal tem provocado, não só no Brasil, mas em tantos outros Estados soberanos, inúmeras discussões e debates.

Tratando-se de exploração de um bem finito, a definição de um modelo de aplicação dos resultados econômico-financeiros advindos da produção constitui ponto de extrema importância para a confirmação das expectativas de desenvolvimento econômico que se supõe possam estar ancoradas, dentre outras balizas, nos *royalties* do petróleo.

Vale ressaltar que a falta de uma escolha apropriada de um modelo regulatório da partilha dos *royalties* do petróleo advindos da produção *offshore* (no caso específico do Brasil) poderá comprometer, a nosso sentir, de forma irreversível, toda a expectativa que pode estar posta no que tange à possibilidade da utilização desses recursos como elemento indutor do desenvolvimento.

Deste modo, a avaliação das ferramentas teóricas no campo dos direitos econômico, constitucional e regulatório serão de suma importância, como forma de minorar as dificuldades a serem vencidas no processo de definição das possíveis escolhas acerca do modelo de partilha dos *royalties* a ser adotado e que melhor se adequaria à realidade brasileira.

Convém notar, ainda, que o custo social que poderá, por outro lado, resultar de escolhas inapropriadas para o tratamento do tema relativo à partilha dos *royalties* do petróleo advindo da produção *offshore* poderão ser incalculáveis e, o que é pior, irrecuperáveis. Neste campo, pois, a superação das dificuldades poderá ser facilitada por meio da análise teórica acerca da problematização do custo social, sem descurar, todavia, do questionamento da temática envolvendo a teoria acerca dos padrões de justiça e que aplicados assistam de forma apropriada e eficaz a todos os entes federativos que compõem a matriz do Estado brasileiro e, mais ainda, atendam os anseios da sociedade como um todo.

Para a construção do presente artigo utilizou-se como substrato metodológico a forma hipotético-dedutiva, amparada na pesquisa bibliográfica e documental nos campos dos direitos econômico, constitucional e regulatório, com destaque para o marco teórico fundado a partir das ideias de Coase (2016)[1], acerca da problematização das externalidades e do custo social delas decorrentes, e de Sen (2011)[2], acerca do padrão de justiça. Foca-se a discussão numa orientação teórica voltada muito mais à atuação do que à compreensão do papel do direito na sociedade. Não se quer ofertar, portanto, uma teoria do direito, mas, ao contrário, melhorar seu agir a partir das condições econômicas dadas. Diante disso, busca-se avaliar parâmetros que sirvam à

[1] Antes de analisar a questão da partilha dos royalties decorrentes da produção de petróleo offshore no Brasil, como algo relacionado apenas a aspectos de compensação dos Estados produtores e Municípios confrontantes, pelas perdas decorrentes desse tipo de atividade, há que que se debruçar primeiramente sobre as questões que levem em conta problemas relativos à problematização do custo social, bem como aspectos fincados nas externalidades próprias do setor e, aqui, seria pertinente completar, bem assim, todos os problemas que são próprios da natureza federal, peculiar do Estado brasileiro (COASE, 2016).

[2] Entendemos que a questão da partilha dos royalties da produção do petróleo *offshore* no Brasil não se descola dos liames mais profundos dos padrões de justiça e, nesse sentido, a visão de Amartya Sen (2011), é, sem sombra de dúvida, de alto alcance para o deslinde da questão.

análise de aspectos relevantes do direito, a saber: oportunidade, eficiência, adequação, visualização das consequências sociais das normas e, se for o caso, quando requisitada, da decisão judicial.

A partir da compreensão de que a exploração do petróleo tem um impacto social e ambiental e que essa repercussão pode ser 'compensada'[3] por meio dos *royalties*, cujo valor é definido por lei, cabe saber quem pode ser titular subjetivo do direito de recebimento desses valores a partir do marco legal do federalismo brasileiro, sobretudo nas operações que envolvem a produção de óleo no ambiente da plataforma continental.

Afora as bases de cunho constitucional e bem assim os marcos constitucionais que regulam o domínio econômico, toda a discussão desenvolvida no presente trabalho será centrada, do ponto de vista legal, na Lei 12.734/12 – que regula, no momento, em que pese as distintas discussões e divergências de vários matizes, a questão da partilha dos *royalties* derivados da produção de petróleo *offshore* no Brasil, e que provocou profundas modificações nos critérios da divisão dos resultados, mormente no que diz respeito às parcelas direcionadas aos Estados produtores e os Municípios confrontantes.

Deixa-se de lado, pois, como opção de um corte metodológico, a questão da partilha dos *royalties* da produção de petróleo *offshore*, pautada pela Lei 9478/97, que visa regular a produção de óleo fora da camada pré-sal.

Noutro âmbito, considerando que a matéria relativa à partilha dos *royalties* de petróleo oriundos da plataforma continental brasileira e derivadas das reservas do pré-sal encontra-se pendente de decisão judicial em sede de ação direta de inconstitucionalildade no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), cabe fazer aqui uma rápida observação sobre as questões ali levantadas sobre a matéria[4].

---

[3] A ideia do caráter compensatório dos *royalties* oriundos da produção *offshore* não tem, ao nosso ver, nenhum amparo legal, pois nem os Estados, nem os Municípios são titulares do domínio das reservas de óleo e gás no ambiente de plataforma continental ou da zona economicamente exclusiva, sendo esse um caso a ser dirimido em sede de direito internacional.

[4] Com a aprovação da Lei 12.734/12, vários questionamentos surgiram a partir de demandas propostas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI 4.916, proposta pelo governador do Estado do Espírito Santo; ADI 4.917, proposta pelo governador do Estado do Rio

Partindo-se de uma concepção de federalismo cooperativo, como proposto pela Carta Constitucional do Brasil de 1988, justifica-se, no contexto do presente trabalho, a discussão acerca dos elementos condicionantes à definição de uma partilha dos *royalties* do petróleo na área da plataforma continental brasileira que possibilite um quadro de equilíbrio e simetria (ARAÚJO, 2009)[5] entre os entes federativos do Brasil, capaz de alavancar, de modo eficiente, as políticas públicas e que resultem em progresso e minimização dos desequilíbrios regionais.

Compreender a questão do federalismo fiscal relacionando-a com a temática dos *royalties* do petróleo a partir de uma análise político-jurídica, calcada em uma abordagem crítico-reflexiva, associando teoria e prática, e embasada não somente em viés de cunho pragmático e positivista – mas amparada, sobretudo, em uma avaliação teórica fundada numa moralidade política, enquanto imparcialidade, pois esta constitui o elemento preponderante para a promoção da justiça na esfera pública –, constitui uma das justificativas do presente trabalho e a discussão de seus principais vetores.

Por óbvio que a descoberta das grandes reservas de petróleo na camada pré-sal, com alto grau de qualidade, tem apontado para uma nova perspectiva de desenvolvimento de diversas áreas setoriais do país, devendo-se, contudo, analisar o tema do desenvolvimento sem uma conexão direta com a questão do crescimento econômico, mas pelo que toda essa nova situação, amparada pela política dos royalties, pode levar em termos do asseguramentos das liberdades individuais, como trata a teoria esposada por Amartya Sen (2011).

É a partir desse tipo de abordagem prático-teórica que se objetivou encontrar os rumos para entender mais profundamente as nuances da questão federal e a sua repercussão no âmbito da repartição dos *royalties* do petróleo, dentro de um contexto que permita, a partir da identificação das simetrias horizontais dos entes federados,

---

de Janeiro; ADI 4918, proposta pela Mesa Diretora da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro).

[5] Simetria, nos moldes descritos por Araújo (2009), que abordando inúmeros aspectos acerca dos principais marcos do federalismo, traz à baila de forma importante um tema dos mais relevantes para o desenvolvimento dos estudos e críticas sobre a temática da partilha dos *royalties* derivados da produção *offshore* de petróleo no Brasil.

destacar os valores da democracia, liberdade, igualdade e fraternidade, sem o que dificilmente será possível atingir as finalidades de uma federação realmente justa.

Portanto, em face de todas as alegações antes apontadas torna-se justificável, pois, discutir a temática proposta pelo presente trabalho, dada a sua relevância e o conteúdo de caráter interdisciplinar que o envolve, buscando-se, assim, apontar qual poderia ser a melhor forma de partilha dos *royalties* do petróleo que mais se ajuste aos objetivos e finalidades do modelo federativo brasileiro.

O trabalho está dividido em cinco itens, com destaque para a introdução e a conclusão. No item 1 (Introdução), destaca-se a estrutura do trabalho, a metodologia empregada e os principais elementos cognitivos do tema explorado. No item 2, destaca-se a discussão em torno do papel indutor da produção de petróleo no desenvolvimento econômico, tomando como ponto relevante a situação dos países semiperiféricos, como é o caso particular do Brasil. No item 3, aborda-se acerca da importância dos *royalties* da produção de petróleo *offshore* sob a perspectiva do direito econômico. Em continuação, no item 4, aborda-se a relevância da produção *offshore* de óleo no Brasil, sua importância como *commodity* estratégica para o desenvolvimento, sua partilha no contexto federativo e sua judicialização em face da questão federativa. Ao fim e ao cabo, enumeram-se, no item 5, algumas conclusões que buscam responder aos problemas inicialmente levantados.

2. Produção de petróleo e seu papel indutor no processo de desenvolvimento econômico dos Estados

O petróleo tem sido efetivamente apontado como um bem mineral estratégico, de grande relevância em nível mundial e influenciador de inúmeras questões políticas, econômicas e sociais.

Não é menos verdade que o petróleo tem se mostrado irresistivelmente atraente como objeto de estudo e tema de várias discussões nos mais variados campos, desde quando se tornou a principal *commodity* da economia moderna.

No Brasil, como de resto em outros tantos Estados nacionais onde a legislação tem sofrido oscilações de conteúdo, mais ou menos recentes, com a opção político-

constitucional de uma maior participação do Estado materializada no regime do monopólio e uma certa flexibilização na participação do Estado, a partir do advento da Lei do Petróleo (Lei 9.478/97) e o consequente envolvimento do setor privado nacional e internacional, a produção de petróleo tem tido papel fundamental como elemento indutor no desenvolvimento econômico.

Aqui entre nós, mormente após a descoberta das reservas do pré-sal, na área da plataforma continental, e as grandes expectativas geradas a partir dos enormes resultados econômico-financeiros previstos em face da exploração *offshore*, essa temática tem sido objeto de variadas análises dentro da perspectiva multidisciplinar e, sobretudo, no amplo campo do direito.

Muito embora a exploração de petróleo ocupe, sem dúvida, papel de destaque no âmbito da promoção do desenvolvimento econômico, o seu papel indutor na economia, independentemente do nível de desenvolvimento do Estado a ser considerado, suscita várias questões, no mínimo contraditórias, e que decorrem da própria natureza intrínseca desta atividade.

Basta lembrar, em primeiro lugar, o caráter finito desse bem mineral, fator que coloca toda a indústria petrolífera em clara perspectiva de dificuldade quanto ao seu prognóstico de desenvolvimento de longo prazo.

Destaque-se, ainda, que a atividade petrolífera constitui uma daquelas que demandam altíssimo grau de investimento e especialização, sendo essa mais uma das questões a serem consideradas, de forma muito particular, sobretudo no que tange aos campos de exploração na área do pré-sal brasileiro, cujo custo de produção e exploração são enormemente elevados, colocando toda essa atividade no campo de intenso e remarcado risco.

E que dizer, pois, das questões relacionadas ao meio ambiente e às políticas de substituição que são continuamente levadas em conta pelos distintos Estados nacionais, em que pese a participação atual ainda amplamente majoritária da participação do petróleo como fonte destacada de geração de energia mundial?

Não resta dúvida, por outro lado, a enorme gama de dificuldades que a indústria petrolífera tem que assumir quando confrontada com a política de preços mundiais

que rege essa *commodity*, já que as oscilações no nível de preços observadas na análise da série histórica da exploração de petróleo, em nível mundial, demonstram, claramente, os problemas que tal parâmetro desempenha no setor, sendo indispensável àqueles que se voltam para o desenvolvimento de qualquer política de gestão na área do petróleo estejam permanente atentos não somente à questão da espiral de preços, mas também em tudo aquilo que envolve o problema dos investimentos de longo prazo.

Não se deve deixar de lado, também, a questão da doença holandesa, como mais um desses paradoxos, observada na Holanda nos idos de 1950, em face da exploração dos campos de óleo e gás naquele país e os efeitos decorrentes da valorização da moeda nacional e consequente desvalorização das suas indústrias, ocasionando um destacado processo de desindustrialização ao tornar mais viável a importação de produtos estrangeiros do que a sua produção no mercado interno (BERCOVICI, 2011).

De uma certa forma, pode-se afirmar que o efeito da doença holandesa, de modo análogo, já se faz sentir, segundo alguns, no Brasil, na medida em que os *royalties* decorrentes da exploração offshore de petróleo na área da plataforma continental, distribuídos entre os Estados produtores, não apresentam a contrapartida relevante, que seria de se esperar, no que tange ao grau de desenvolvimento econômico correspondente e tampouco o incremento das receitas tributárias.

Ao contrário do que se poderia supor como razoável, resta comprovada, em muitos casos, como acontece entre nós, muito especialmente no leste fluminense, a decrescente incidência de recitas tributárias e o aumento das despesas correntes nos Estados produtores aquinhoados com a repartição das receitas de *royalties* decorrentes da exploração de óleo na plataforma continental brasileira (MERCADANTE, 2010)[6].

Deve-se considerar, todavia, que em face de distintas situações e circunstâncias, esses paradoxos inerentes à indústria do petróleo podem repercutir de modo

[6] Convém salientar o pensamento de Mercadante (2010) que aponta para as agruras decorrentes das atividades da indústria do petróleo na região *offshore*, mostrando que, no leste fluminense, em que pese os extraordinários patamares de royalties oriundos da produção *offshore* de petróleo, não restaram caracterizados os resultados econômicos desejáveis em face desse tipo de atividade, o que, de início, sugere um perfil, no mínimo, contraditório.

diferente no processo de indução do desenvolvimento econômico, contribuindo tanto para a aceleração do processo de crescimento, como, ao contrário, ser um fator de desestabilização desse mesmo processo.

Veja-se, por exemplo, a questão da Venezuela, país rico em reservas de petróleo, sétimo produtor mundial de óleo, com reservas da ordem de 80 bilhões de barris, segundo fontes da OPEP, mas com uma economia totalmente esgarçada e em franco e profundo processo de desestabilização, deixando totalmente comprometido todo o processo de desenvolvimento econômico daquela nação.

Claro que não se pode atribuir tal resultado à questão isolada do petróleo, mas a uma série de outros fatores que atuam e atuaram conjuntamente, tais como o baixo grau de industrialização daquele país, a espiral de preços mundiais do petróleo que em muito impactou toda a cadeia produtiva nacional de petróleo venezuelana, o déficit fiscal, a escalada da dívida pública, o aprisionamento da economia nacional aos grilhões da política rentista e, mais importante do que tudo, a desvalorização dos preços do petróleo no mercado mundial de *comodities* e que, ao fim e ao cabo, levou o país a vivenciar o desgaste profundo das suas reservas cambiais e o aprofundamento de uma crise política e social sem precedentes (MARINGONI, 2011)[7].

Portanto, o que seria um passe livre para um futuro promissor tem se transformado, nos últimos tempos, na Venezuela, mais em um pesadelo sem perspectiva de reversão. São apropriadas, neste sentido, as críticas do saudoso e festejado professor e economista Celso Furtado (FURTADO, 2008)[8], a saber:

> *É interessante observar que o desenvolvimento venezuelano, ainda que se apresente em termos muito diferentes do usual das economias latino americanas, criou problemas que exigem soluções correntes nessas economias. Com efeito, na quase totalidade*

[7] Convém atentar para o ensinamento de Maringoni (2017) quando destaca aspectos da mais alta relevância para comprovar as razões pelas quais a Venezuela passou a sofrer os reflexos negativos decorrentes da exploração de óleo e gás, cujos resultados não contribuíram para o que se esperava fosse representar os melhores padrões de desenvolvimento econômico.

[8] Em que pese o fato de deter enormes reservas de óleo e gás, a Venezuela não reflete, no âmbito social, nem tampouco,no campo do desenvolvimento econômico, os reflexos que seria de se esperar dos resultados gerados a partir da indústria de petróleo, observando-se, ao contrário, diante de uma nação detentora de enormes potencialidades no campo de óleo e gás, a identificação de uma situação de extremo desconforto e desequilíbrio de sua economia (FURTADO, 2008).

> *das economias latino-americanas, os problemas mais fundamentais são escassez relativa de capital e reduzida capacidade para importar. (...) Na Venezuela a situação é praticamente oposta: o sistema tende a afogar-se em excesso de capacidade para importar e de recursos financeiros. Mas esse mesmo processo de afogamento criou o desequilíbrio fundamental entre o nível médio da produtividade e o dos salários monetários – em relação aos países que concorrem no mercado venezuelano. Este desequilíbrio está na raiz do que chamamos as 'peculiaridades' do desenvolvimento da economia deste país.*

Não obstante a presença de todos esses paradoxos observáveis na indústria petrolífera, o fato verdadeiro é que, ainda assim, a exploração de petróleo continua desempenhando um papel importante como elemento indutor no desenvolvimento econômico e disso não podemos nos afastar.

Neste sentido, o exemplo da Noruega é, sem dúvida, marcante e bastante ilustrativo para todo aquele que se dedique a construir uma base teórica acerca da indústria do petróleo e sua repercussão como elemento indutor do desenvolvimento econômico, muito embora o exemplo desse país não possa ser importado e aplicado diretamente no caso brasileiro, sem levar em consideração as peculiaridades e circunstâncias próprias do Brasil e, sobretudo, sem apreciar as balizas do nosso modelo federativo[9].

Fato é que as mesmas preocupações que cercaram países como a Noruega, grande produtor de óleo, também devem fazer parte do conjunto de alertas a serem colocados diante de todos aqueles que se devotam ao estudo do tema no Brasil, mormente após a descoberta das reservas do pré-sal na plataforma continental brasileira. Entre outras medidas, a Noruega criou um fundo soberano, com aplicação dos recursos no exterior, como forma de mitigar os efeitos nocivos da abundância de óleo e deter, assim, a possível desvalorização da moeda nacional. Também desenvolveu os cuidados no que tange às questões relativas à necessária diversificação da indústria local, na qual as políticas de conteúdo local devem assumir posição de

[9] Registre-se, por importante, ao nosso sentir, os aspectos relacionados com o modelo de Estado, a dimensão continental da nação brasileira e as imensas desigualdades regionais que são marcantes no Brasil e que constituem alguns dos motivos pelos quais a questão da experiência da Noruega deve ser encarada com algumas reservas.

destaque, e tomou as medidas que visam evitar o descompasso cambial que, de forma alguma, em se tratando de um programa de longo prazo de exploração de óleo e gás, pode ser deixado de lado.

Nada disso, porém, será válido se continuarmos, no caso brasileiro, a adotar as opções que levem a uma interpretação estrita da questão federal, sem considerar as demais demandas de ordem legal, econômica, política e social que as explorações de petróleo sempre trazem à baila.

Muito embora a exploração de petróleo constitua, sem dúvida, uma ferramenta de indução do crescimento econômico e desenvolvimento social, o atingimento dessa meta carece da utilização de medidas que devem ter como pressupostos, opções mais racionais, focadas, sobretudo, nas políticas de partilha de *royalties* consideradas, no caso brasileiro, as peculiaridades do nosso Estado Federal.

3. Análise crítica da importância dos *royalties* decorrentes da produção de petróleo *offshore* no Brasil, na perspectiva do direito econômico

A política de *royalties* tem se constituído em um dos elementos fundamentais da remuneração dos Estados nacionais em face da exploração das suas reservas de petróleo por parte das empresas estrangeiras, independentemente do formato contratual utilizado.

Nesse sentido, as questões que envolvem a produção de petróleo e, sobretudo, os ganhos que os países detentores de reservas podem obter a partir da exploração de seus estoques naturais, mediante a apropriação de *royalties* sobre a produção, é um tema ligado a uma discussão que deve ter por pano de fundo as balizas do direito econômico.

Assim sendo, o principal enfoque dessa discussão sobre os *royalties* derivados da produção de petróleo, sobretudo quando a exploração se dá na área da plataforma continental, como o caso brasileiro do pré-sal e, mais ainda, quando a questão envolve a temática do federalismo, deveria estar no mercado, entendido, dentre tantas formas conceituais, como uma unidade autônoma, na qual o direito atua como um

elemento moderador das externalidades diante das falhas do sistema e do custo social (COASE, 2016)[10].

A partir desse enfoque e pautado pelas balizas do direito econômico, a questão dos *royalties* deve ser encarada a partir de uma construção teórica, na qual as normas de direito utilizadas para regular a questão temática tenham como fio condutor as pressões advindas da sociedade para a composição da norma e não como um resultado que se instale a partir de conclusões movidas em sentido contrário, qual seja, da composição da norma para a sociedade.

Essa seria, de fato, a abordagem mais adequada a ser construída a partir do direito econômico, a saber, um enfoque (NASCIMENTO, 2015):

> *que representa uma posição alternativa à teoria sociológica marxista e a visão funcionalista. Constitui uma orientação teórica voltada à atuação, muito mais que a compreensão do papel do direito na sociedade. Não se quer ofertar uma teoria do direito, quer sim, melhorar seu agir a partir das condições econômicas dadas, isto é, a partir de uma visão da microeconomia. Diante disso, insere novos parâmetros e variáveis para técnica do direito: oportunidade, eficiência, adequação, visualização das consequências sociais das normas e da decisão judicial*[11].

A questão da política dos *royalties* sobre a produção de petróleo pode ser discutida a partir da percepção de que mais relevante do que os resultados obtidos com a exploração, torna-se mais destacada a importância da distribuição dos resultados econômicos obtidos com os *royalties*, sobretudo aqueles decorrentes de situações que envolvam Estados federais, como é o caso brasileiro.

Em sede de uma análise crítica sobre a temática aqui discutida, cabe apreciar, desde logo, no presente trabalho, ao lado de considerações relativas ao regime jurídico do setor do petróleo, o problema do regime fiscal aplicável ao tema e a discussão, de forma particularizada, acerca da questão da partilha dos *royalties* do petróleo, decorrentes das atividades desenvolvidas na área da plataforma continental

[10] As externalidades e falhas do sistema, bem como a questão do custo social destacadas na obra de Coase (2016), representa um claro ponto de partida para as análises do tema relativo ao regime de partilha dos *royalties* da produção *offshore* de petróleo.

[11] Em sua obra, Nascimento (2015) destaca a forma mais adequada de sintonizar as questões da análise dos principais temas de direito, ressaltando pontos que são de grande importância no processo de análise do tema desse nosso trabalho, no campo do regime de partilha dos *royalties* de petróleo *offshore*.

e sua repercussão, na definição do equilíbrio federativo, um dos marcos fundamentais da República Federativa do Brasil[12].

O cerne da discussão acerca da aplicação dos resultados econômicos oriundos da produção de petróleo *offshore* no Brasil deveria estar atado à incessante busca da redução das desigualdades, da diminuição da pobreza, objetivando como finalidade a promoção da justiça social, elementos destacados na Carta da República do Brasil de 1988 e que na visão de Amartya Sen (2011) visa aumentar as capacidades das pessoas e promover, com isso, melhores oportunidades econômicas e sociais, reais reflexos do crescimento econômico.

A partir dessas indagações, cabe questionar se o modelo de regência fiscal do setor de petróleo – previsto na recente Lei n.º 12.734/12, recém introduzida no ordenamento jurídico brasileiro e que passou a adotar um novo regime de partilha dos resultados da exploração de óleo, contemplando todos os entes federados e reduzindo, drasticamente, os privilégios até então garantidos pela legislação anterior (Lei n.º 9.478/97 e Lei n.º 12.351/10) aos entes federativos produtores – pode provocar o comprometimento do equilíbrio federativo e expor a perigo os objetivos do Estado propostos na Carta da República de 1988.

Importa indagar, ainda, se a divisão pura e simples dos *royalties*, oriundos da exploração de óleo no ambiente da plataforma continental brasileira, envolvendo todos os entes federados, como previsto pela recente Lei n.º 12.734/12, configuraria a melhor opção para preservar um modelo de federalismo fundado em padrões de justiça e voltado a atingir o desenvolvimento e crescimento econômico que se pretende obter a partir da exploração de petróleo no ambiente da plataforma continental.

A questão dos *royalties* e sua distribuição envolvendo os diversos entes de um Estado Federal, em detrimento de outros, desperta a atenção no sentido de termos que enfrentar e aferir os limites de atuação do poder judiciário nas decisões que visem à apreciação e análise de argumentos de cunho prevalentemente econômicos.

Por fim, cabe avaliar a matéria de direito e a partir dela perquirir acerca de qual

[12] Convém analisar os detalhes que norteiam a forma, os fundamentos e os objetivos da República do Brasil, elementos definidos nos artigos. 1.º e 3.º da Constituição Federal do Brasil de 1988.

seria a alternativa capaz de equilibrar os interesses públicos, de um lado, e os interesses sociais, de outro, levando em conta a partilha dos resultados fiscais auferidos com a exploração de petróleo na plataforma continental do Brasil.

Estas questões preliminares e percucientes sobre o tema dão o indicador e a dimensão da importância da questão aqui apontada e sua repercussão, não apenas no campo fiscal, mas, sobretudo, no que diz respeito ao seu desdobramento e impacto no campo do equilíbrio federativo.

A observação de todas essas nuances acima referidas – aliada aos novos critérios de partilha dos *royalties* do petróleo *offshore* no Brasil, segundo as regras da novel Lei 12.734/12, na qual ficou estabelecido uma ampliação dos critérios de divisão, passando a incorporar todos os entes federados e não apenas os Estados produtores e os Municípios confrontantes – permite, a princípio, considerar como justa a propositura de divisão isonomia dos *royalties* do petróleo *offshore*.

Tememos, porém, que a divisão proposta pela Lei 12.734/12[13] – que altera os marcos da distribuição dos *royalties* do petróleo *offshore* entre os entes federativos, modificando as regras que previam uma concentração exagerada e desproporcional dos *royalties* entre os Estados produtores e Municípios confrontantes, passando a adotar um mecanismo mais isonômico e, portanto, mais justo – não reúna as forças necessárias para a implementação do desenvolvimento econômico pretendido, em que pese o fato de que todos essas manifestações reunidas, a princípio justas, possam parecer suficientes para a promoção do crescimento econômico.

Pode não ser isso o que venha a ser obtido, pois, na prática, a simples geração dos *royalties* oriundos da produção *offrshore* de petróleo no Brasil (e sua divisão entre os entes federados) pode não apontar, por si só, para o desenvolvimento econômico

[13] Na produção derivada da plataforma continental, mar territorial e zona economicamente exclusiva (pré-sal), a nova Lei 12.734/12 estabelece os seguintes percentuais de divisão dos *royalties*, a saber: 22% para os Estados confrontantes; 5% para os Municípios confrontantes; 2% para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e demais hidrocarbonetos fluídos; 24,5% para a constituição de um Fundo Especial e a ser dividido entre Estados e Distrito Federal; 24,5% para a constituição de um Fundo Especial a ser distribuído entre os Municípios e 22% para a União.

da nação, dentro daquilo que constitui a visão de promoção de liberdades individuais, destacadas pela teoria desenvolvida por Amartya Sen (2011) antes mencionada.

Em outras palavras, e em resumo, *royalties* produzidos e devidamente distribuídos em face dos distintos entes federativos, não representa, por si só, garantia de incremento de desenvolvimento econômico, exceto se forem bem aplicados, o que demanda mais do que uma política de partilha, uma política de gestão, sob pena de colocarmos em risco os resultados econômicos dessa grande dádiva da natureza – as reservas de petróleo do pré-sal.

4. A questão da partilha dos *royalties* do petróleo oriundos da produção *offshore* no Brasil, sua judicialização e implicação no desenvolvimento econômico nacional

A abordagem da presente temática parte, qualquer que seja o seu enfoque, da base constitucional fundada na Carta da República de 1988, sem que se deva deixar de lado, contudo, todo o acervo de construção infraconstitucional, com suas peculiaridades e dificuldades jurídicas.

Neste particular, dois pontos merecem destaque: (1) a titularidade dominial da União sobre tais recursos (art. 20, V, CF/88) e (2) o regime de participação ou compensação nos resultados da produção (art. 20, § 1º, CF/88), como resposta aos impactos econômicos da atividade a título de ressarcimento pelas externalidades.

Na esfera infraconstitucional, as regras de regência que vinculam a exploração do setor de petróleo são, atualmente, condicionadas a dois regimes jurídicos distintos (Lei do Petróleo - n.º 9.478/97 e Lei do Pré-sal - n.º 12.351/10), resultantes, em grande medida, da situação territorial dos recursos (área continental e área da plataforma continental e zona exclusivamente econômica).

Cumpre destacar, como principal elemento da discussão, a previsão da recompensa financeira direcionada aos Estados, Distrito Federal e Municípios em razão da exploração de petróleo na plataforma continental brasileira nos termos do art. 20, §1.º, da Constituição Federal de 1988.

Recentemente, a questão da partilha dos *royalties* do petróleo, decorrente da exploração de óleo na plataforma continental brasileira, regulada pela Lei 12.734/12, tem provocado uma profunda discussão envolvendo, de um lado, os Estados ditos produtores (Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo) e, do outro, todos os demais entes da Federação, resultando em divergências, incertezas e indefinições no plano econômico, cujo pano de fundo está baseado, quase sempre, em falsos discursos e que comprometem, sem dúvida, os rumos da indústria de petróleo no Brasil.

Na verdade, a questão sobre a disputa dos *royalties* do petróleo envolve um tema delicado e que pode comprometer, de forma clara, o equilíbrio federativo, qual seja: a forma pela qual deveria dar-se a partilha, se tão somente entre os Estados produtores ou abrangendo, igualmente, a totalidade dos entes federados, sendo este o ponto central do trabalho aqui desenvolvido.

Muito embora o tema da partilha dos *royalties* do petróleo decorrentes da exploração *offshore* tenha sido definido pela Lei 12.734/12, prevendo as balizas da divisão dos royalties do petróleo oriundos da exploração na plataforma continental brasileira, restam, ainda, inúmeras dúvidas e insatisfações, cuja pacificação está longe de ser sedimentada.

Para muitos, de constitucionalidade duvidosa, a Lei 12.734/12 está sendo no presente momento objeto de questionamento em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), restando posta a demanda de que o Congresso Nacional teria violado as expectativas legítimas dos Estados produtores.

Para tanto, alegam os Estado produtores, perquirindo a sua situação de legítimos titulares do óleo produzido *offshore*, que com a aprovação da Lei 12.734/12 teria o Congresso Nacional atentado contra os legítimos interesses dos Estados produtores, 'vergastando o princípio da confiança, cujo corolário é proscrição do *venire contra factum proprio'*.

Assim é que, restando assegurada a repercussão da partilha dos resultados a todos os Estados, produtores e não produtores, a questão foi, por essa mesma razão, judicializada, encontrando-se suspensos, no momento, os efeitos do referido diploma legal, no que diz respeito aos arts. 42-B; 42-C, da Lei 12.351/10; e dos arts. 48, II; 49,

II; 49-A; 49-B; 49-C; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; 50-E e § 2.º do art. 50 da Lei 9.478/97, com as modificações geradas pela Lei 12.374/12, até o julgamento final da arguição de inconstitucionalidade, em face de liminar monocrática, concedida pela Ministra Carmem Lúcia (atual Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal), em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (STF, ADI 4.917).

Em suma, cabe destacar que a questão envolvendo o modelo de regência fiscal do setor de petróleo no Brasil, o formato jurídico dos *royalties* e a partilha das participações governamentais decorrentes da exploração de petróleo, no ambiente da plataforma continental brasileira, representa um caso de comprometimento do equilíbrio federativo, abrangendo tanto aporias de natureza jurídica, como discussões que se prolongam nos campos fiscal e, bem assim, no âmbito das abordagens e temáticas política e econômica.

Considerando que é necessário um equilíbrio entre a gestão econômica e a regulamentação da distribuição dos recursos dos *royalties* decorrentes da exploração do petróleo na área da plataforma continental, tem-se que levar em consideração um modelo de partilha dos *royalties* do petróleo decorrentes da produção *offshore* que atenda, de forma justa, a questão federal, a partir da perspectiva de um modelo de federalismo fiscal cooperativo.

Por outro lado, a construção de um modelo de partilha dos *royalties* que atenda de forma justa a questão federal não pode resultar tão somente de uma simples análise literal do direito positivo sobre o tema, mas há de levar em consideração outros argumentos advindos de distintas áreas do conhecimento, tais como a economia e a política, por exemplo, apenas para citar alguns.

Observar os vários aspectos que possam dar sustentação às decisões relacionadas com as questões colocadas perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (STF, ADI 4.917, dentre outras) constitui, sem dúvida, uma das questões que deve ser levada em conta na análise do tema relativo à partilha dos *royalties*.

Avaliar a questão dos *royalties* sob o prisma de sua partilha entre os entes federados a partir de uma proposta que atenda aos propósitos federativo e fiscal,

buscando construir hermeneuticamente um conceito de federação focado nos indicativos constitucionais do tema, constitui elemento primordial à discussão da questão trazida nesse trabalho.

Assim, convém, em primeiro lugar, destacar que o ponto nodal da problemática federal reside na questão da autonomia dos seus entes e, consequentemente, na necessidade de um sistema de repartição de receitas, que possibilite a todos os entes federados as condições para a execução das funções atribuídas a cada um, característica muito bem salientada e assegurada pelo constituinte originário de 1988[14].

Sem recursos os entes federados ficam à míngua, sem qualquer condição de levar adiante as suas funções constitucionais, visando colocar em prática a execução das políticas públicas de que depende toda a sociedade.

A política de distribuição dos *royalties* da produção de petróleo *offshore*, que envolve enormes quantias[15], constitui, sem qualquer sombra de dúvida, algo que tem o poder de alavancar inúmeros programas de políticas públicas, contribuindo, assim, para o desenvolvimento de inúmeras áreas de atividades setoriais.

A questão da autonomia como característica fundante do sistema federalista é invocada por inúmeros autores, sendo ponto comum no modo de pensar de todos eles, a título de exemplo, o registro trazido por Sacha Navarro (COELHO, 2013)[16], em sua obra sobre a temática tributária, a saber: "a característica fundamental do federalismo é a autonomia do Estado-Membro..."

Não obstante o absoluto consenso acerca do aspecto da autonomia, elemento típico do formato próprio do Estado federal, sobretudo quando se analisa os termos em que o legislador constituinte de 1988 definiu os limites de ação dos entes federados

[14] Convém aferir o inteiro teor do art. 18, da CF/88, a saber: "A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos dessa Constituição", texto normativo que destaca com precisão o caráter autônomo da Federação.

[15] Segundo dados relatados pelo IBP, em http://www.cnisustentabilidade.com.br/docs/IBP_RIO20_web.pdf. Acesso em 01.06.2017, onde resta destacada a pujança dos níveis de produção de óleo *offshore*, com a produção de grandes quantitativos e que geram enormes receitas e um dos principais aportes nacionais.

[16] Destaque-se o fato relevante que Coelho (2011) aponta em sua obra, deixando claro o caráter de autonomia dos entes federados como o elemento nodal do Estado federal.

em nosso país, o fato é que, na prática, ocorre no Brasil profundo comprometimento sobre tal referencial constitucional, fazendo com que os entes federados restem colocados em uma situação de profunda dependência do poder central, comprometendo, assim, o desenvolvimento das suas ações constitucionalmente asseguradas.

Diante do modelo federal predicado na Carta da República do Brasil de 1988, não há dúvida de que constitui tema da mais alta relevância a questão da partilha dos *royalties* do petróleo, sobretudo aqueles decorrentes da produção de óleo *offshore*.

Pois bem, até o advento da Lei 12.734/12, o regime de partilha dos *royalties* de petróleo decorrentes da produção *offshore* vinha todo ele sendo regulado por um critério que levava em conta a participação, quase que majoritária, direcionada aos Estados produtores, bem assim, aos Municípios confrontantes e aqueles outros Municípios integrantes da área geoeconômica dos Municípios confrontantes.

A justificativa para a adoção desse critério de distribuição dos *royalties*, privilegiando os Estados produtores, residiria, para alguns, no fato de que o pagamento dos *royalties*, verbas cuja natureza jurídica é a de preços públicos, tem por objetivo ressarcir as despesas de infraestrutura que os Estados produtores, os Municípios confrontantes e aqueles outros tantos que se encontram na área geoeconômica desses últimos fazem para assegurar plenas condições de operacionalidade às atividades da indústria do petróleo.

Não bastasse esse argumento, ainda resta a discussão acerca da perda que os Estados produtores teriam tido, a partir da nova política de cobrança do ICMS, pelo regime da tributação na origem, exceto para as operações relativas a petróleo/gás natural/derivados e energia elétrica, definida pelo legislador constituinte de 1988, que passou a adotar com relação a tais operações o regime do destino[17].

---

[17] Resta clara a política tributária definida pelo legislador constituinte de 1988, a partir da sua opção pela cobrança na origem, excepcionada a questão relativa ao petróleo, quando a política passa a obedecer ao critério da cobrança no destino, a saber:
"Art. 155, §2.º, X, b. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
§2.º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
X – não incidirá:
b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos

Portanto, em que pese toda essa argumentação de natureza econômica, legal, fiscal, tributária e constitucional, não resta dúvida que temos lei nova, restando agora analisar, tão somente, as questões acerca da sua constitucionalidade.

Independentemente do fato de que os *royalties* teriam natureza compensatória – e, em razão disso, poderia ser arguido toda a argumentação acerca da necessidade da cobertura dos gastos que Estados produtores e Municípios confrontantes poderiam suscitar em face de gastos assumidos para a implantação em bases de operacionalidade das atividades relacionadas com a indústria do petróleo sediadas em seus territórios –, há que perquirir, no caso da produção de petróleo *offshore*, a questão da titularidade da produção.

Mais do que um tema relacionado com Estados produtores e Municípios confrontantes, há que se discutir questões relacionadas com o direito do mar, pois quando a exploração de recursos naturais e minerais, o petróleo incluído, se dá na plataforma continental e na zona economicamente exclusiva, a terminologia antes referida, de Estados produtores e Municípios confrontantes, torna-se totalmente inaplicável.

O fato é que quando a exploração de recursos petrolíferos se dá na plataforma ou na zona economicamente exclusiva, como é o caso da exploração do pré-sal, o Brasil não exerce soberania sobre tais espaços, reservando-se tão somente a ter assegurado o direito de exploração exclusiva dos recursos naturais e minerais (petróleo incluído), segundo as balizas da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Convenção de Montego Bay), internalizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 05, de 9 de novembro de 1987.

Resta claro, a partir de previsão expressa do legislador constituinte originário de 1988, em seu artigo 20, que são bens da União, os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva.

Ora, aqui, no âmbito da plataforma continental e da zona economicamente exclusiva, não há espaço para os Estados e Municípios, cabendo a eles, contudo, as participações, dentre outras situações, nos resultados econômicos provenientes das atividades de petróleo (COELHO, 2013).

---

e gasosos dele derivados, e energia elétrica."

Mas, na verdade, a norma de regência que define as participações nos resultados econômicos das atividades de petróleo leva em conta duas peculiaridades distintas, a saber:

i) participação integral e privativa, quando a exploração de petróleo se der no próprio território dos Estados ou dos Municípios, o que não é o caso quando a exploração ocorre na plataforma continental ou na zona economicamente exclusiva;

ii) participação partilhada de forma isonômica, incorporando aqui todos os entes federados, quando a exploração se der no espaço da plataforma continental ou na zona economicamente exclusiva, espaços que não estão no domínio nem sujeitos a tratos de soberania dos entes federados subnacionais (Estados e Municípios).

É o que se depreende do texto do artigo 20, §1.º, da CF/88, a saber:

> *É assegurada, nos termos da Lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por sua exploração.*

Portanto, parece totalmente admissível acatar como eivada de constitucionalidade a nova legislação de regência da temática da partilha dos *royalties* oriundos da exploração de petróleo *offshore* no Brasil (Lei 12.734/12).

Quanto ao reflexo que a aplicação da nova legislação de partilha de *royalties* da produção de petróleo *offshore* pode gerar no campo do desenvolvimento econômico dos entes federativos subnacionais, esta é uma questão a ser ainda analisada com cautela, pois a simples divisão dos resultados financeiros da exploração de óleo, sem que sejam tomadas as providências que visem, dentre outras distorções, evitar o desvio de recursos para o pagamento de despesas correntes, pode acarretar, sem dúvida, sérias distorções nas políticas de desenvolvimento social e econômico que se pretende atingir a partir da exploração de petróleo na área da plataforma continental brasileira, comprometendo as projeções que vêm sendo realizadas em

face da esperada geração de enormes volumes de recursos advindos da exploração de petróleo offshore no Brasil.

5. Conclusões

1. Os resultados financeiros decorrentes da exploração e produção de petróleo em qualquer ambiente geológico e sobretudo no espaço *offshore* é fonte de recursos de larga escala, obtidos pela via dos *royalties*, e componente estratégico de desenvolvimento dos Estados nacionais.

2. Mantem-se a ideia da importância das atividades do petróleo como indutor da atividade econômica, mas a divisão dos resultados econômicos da produção deve ser fixada segundo parâmetros que permitam a consolidação de um federalismo justo, no qual se verifique o tratamento isonômico e simétrico dos distintos entes federados.

3. No âmbito dos Estados federais a divisão dos *royalties* decorrentes da exploração e produção de petróleo *offshore* pode gerar problemas, sobretudo quando se trata de atividades de exploração de produção de óleo *offshore*, sempre que o sistema de partilha deixa de considerar aspectos relacionados ao direito do mar.

4. No Brasil, legislação recente alterou o regime de partilha dos *royalties* da produção *offshore*, aplicando sistemática que não mais concentra a distribuição dos recursos pelos Estados produtores e Municípios confrontantes (Lei 12.734/12).

5. A matéria trazida com a novel Lei 12.734/12 está pendente de julgamento, tendo sido arguida questão de inconstitucionalidade da nova lei, em vista da suposta agressão a direito da titularidade dos *royalties* pelos Estados produtores e Municípios confrontantes.

6. A tentativa de explicitação dos conceitos de caracterização de Estados produtores e Municípios confrontantes, como argumentos para justificar a arguição de inconstitucionalidade da novel lei de regência acerca da partilha dos *royalties* decorrentes da produção de óleo *offshore*, não faz qualquer sentido, tendo em vista que não há espaço para a discussão de territorialidade, titularidade dominial e muito

menos soberania envolvendo ditos Estados produtores e Municípios confrontantes, quando a exploração de óleo se dá no ambiente da plataforma continental ou na zona economicamente exclusiva, pois tais atributos se concentram totalmente, no caso brasileiro, na pessoa da União.

7. Não obstante, a nosso ver, venha a ser apontada pelo Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade manifesta do novel regime de partilha dos *royalties* da produção de petróleo *offshore* no Brasil, proposto pela Lei 12.734/12, bem como a divisão isonômica dos resultados financeiros da exploração de óleo *offshore*, isso, por si só, não é suficiente para garantir, em bases sólidas e sustentável, os crescimentos econômico e social tão pretendido, a partir da exploração de óleo *offshore* no Brasil.

8. Não se pode deixar, pois, se é que se pretende obter o melhor retorno dos resultados econômicos da exploração de petróleo *offshore* no Brasil, de levar em conta aspectos de natureza econômica, além dos elementos que envolvam as mais firmes nuances do pacto federativo, que preservem a real autonomia dos distintos entes federativos e que possam tolher determinados desvios, tais como, dentre outros, a utilização dos resultados decorrentes da indústria do petróleo para a cobertura das despesas correntes dos entes federados.

Bibliografia

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição constitucional e federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo, Quartier Latin, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Royalties: compensação financeira que leva a grandes brigas judiciais*. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicação/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=107249 . Acesso em 01 dez. 2016.

BRESSER-PEREIRA, Luís Carlos. *O caráter cíclico da intervenção estatal*. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br . Acesso em: 10 set. 2008.

CARRAZA, Roque Antonio. *Natureza jurídica da compensação financeira pela exploração de recursos minerais: sua manifesta inconstitucionalidade*. Justitia, São Paulo, v.57, n. 171, jul/set, 1995, p. 88-116.

COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e a lei.* Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2016.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Royalties do petróleo – a lei é constitucional.* Belo Horizonte: Luminas, 2013.

COSTA, Maria D'Assunção. *Comentários à lei do petróleo.* São Paulo, Atlas, 2ª Ed., 2009.

DERZI, Mizabel Abreu Machado; JUNIOR, Onofre Alves Batista; MOREIRA, Andre Mendes (Orgs.). *Estado federal e tributação: das origens à crise atual.* Belo Horizonte, Arraes Editores, 2015.

FARIA, Guiomar Theresinha Estella. *Interpretação econômica do direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 50.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito.* Técnica, decisão e dominação. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Lais Pires. *Direito internacional, petróleo e desenvolvimento*. São Paulo, Saraiva, 2011.

FURTADO, Rosa (org.). *Ensaios sobre a Venezuela – subdesenvolvimento com abundância de divisas.* Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções.* 10.ª Ed., São Paulo: Paz e Terra, 1997, p. 31.

MARINGONI, Gilberto. *Petróleo: crise e dilemas.* Brasília: IPEA, 2011. Disponível em http://desafios.ipea.bov.br . Acesso em 21.04.2017.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo:* lei federal n. 9.478, de 6-8-1997. São Paulo: Atlas, 2000.

MERCADANTE, Aloízio. *Brasil: A construção retomada*. São Paulo: Editora Terceiro Nome, 2010.

MONCADA, Luis S. de Cabral. *Direito econômico.* Lisboa: Coimbra Editora, 5ª Ed., 2007.

NASCIMENTO, Maria Rosa Freitas do. *Questões sobre direito e economia:* aprendendo a pensar o direito além da perspectiva normativa. Direito e economia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Gina Vidal Marcilio Pompeu, Marco Antônio César Villatore, Yuri Schneider– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

PAIM, Maria Augusta. *O petróleo no mar: o regime das plataformas marítimas petrolíferas no direito internacional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org). *Novos rumos do direito do petróleo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. *Os* royalties *do petróleo, minério e energia:* aspectos constitucionais, financeiros e tributários. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça.* Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Compliance como política privada que afasta práticas corruptivas e reforça a ética empresarial: elementos mínimos que devem ser observados

Compliance as a private policy which drives away corruptive practices and reinforces business ethics: minimum elements which must be observed

Rogério Gesta Leal[*]/Caroline Fockink Ritt[**]

RESUMO: A presente pesquisa procura responder a indagação: quais as observações mínimas que deve ter o programa de compliance, quanto à realidade e ambiente de atuação da empresa, para que seja considerado uma eficiente política privada empresarial, com objetivo de evitar e punir as práticas corruptivas privadas? Para isso, e considerando que o trabalho é de natureza bibliográfica, o método de abordagem adotado no seu desenvolvimento será dedutivo. Em termos de técnica da pesquisa, utilizar-se-á documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias. Programas de compliance são necessários e devem fomentar as condutas éticas nas empresas.

PALAVRAS-CHAVE: compliance; corrupção privada; ética empresarial.

ABSTRACT: The present research seeks to answer the question: what are the minimum observations that compliance program must have regarding the reality and the company's operating environment, so that it is considered an efficient private business policy, with the purpose of avoiding and punishing corruptive practices? Considering that the work is of bibliographic nature, the method of approach adopted in its development will be deductive. In terms of research technique, indirect documentation will be used, with bibliographic references from primary and secondary sources. Compliance programs are necessary and should promote ethical conduct in companies.

KEYWORDS: compliance, private corruption; business ethics.

[*] Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor da Fundação do Ministério Público (Porto Alegre/RS/Brasil). Desembargador do TJ do Estado do Rio Grande do Sul.

[**] Doutora em Direito. Professora de Direito Penal da UNISC.

1. Introdução

Diante de recentes escândalos mundiais de corrupção no meio empresarial, consta que muitos ocorreram devido a não observação de ética empresarial, acabando por lesionar muitas pessoas, dentre acionistas, investidores, governos e população em geral. Aborda-se, e muito, a corrupção, no setor público, mas a prática de atos ilícitos não é exclusividade dos governos. O setor privado também está repleto de maus exemplos.

Então, a lição a ser aprendida é: limites são necessários, e controles, indispensáveis, daí a necessidade de se compreender o que é *o compliance* e responder a indagação: o que o programa de *compliance* deve estabelecer, minimamente, para que seja considerado uma eficiente política privada empresarial, com objetivo de evitar e combater as práticas corruptivas privadas?

Considerando que o trabalho é de natureza bibliográfica, o método de abordagem a ser adotado no seu desenvolvimento será dedutivo. Em termos de técnica da pesquisa, utilizar-se-á documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias.

No presente temos como principais objetivos o de demonstrar que os programas de *compliance* são resultado de movimento crescente e de tendência irreversível que foi impulsionado, num primeiro momento, pela aplicação rigorosa de legislações anticorrupção ao redor do mundo, particularmente nos Estados Unidos e para isso vamos analisar situações históricas, partir do início do século XX, de problemas econômicos causados devido a atitudes antiéticas empresariais, que envolveram a falta de informações contábeis e financeiras, falta de divulgação de suas informações divulgadas de forma transparente, correta e clara. A maior parte do conhecimento sobre práticas de gestão e tecnologia de administração de empresas é produzida nos Estados Unidos. O debate sobre a ética empresarial nas universidades americanas surgiu a partir de uma série de escândalos que aconteceram no país, principalmente da indústria bélica a partir dos anos de 1960.

O *compliance* é considerado, atualmente, como sendo uma ferramenta de governança corporativa muito importante, com relação a sistemas, processo, regras

e procedimentos adotados para gerenciar os negócios da instituição. Proporciona o aprimoramento da relação das empresas com os seus investidores. Procura-se entender a sua definição e demonstrar que quando o Brasil aprovou a Lei Anticorrupção, se alinhou com as principais leis anticorrupção do mundo, pois buscou fazer com que as empresas brasileiras criem mecanismos internos de fiscalização e de incentivo à denúncia de irregularidades, e que busquem descobrir desvios de conduta ética e, como consequência, incentiva a elaboração e aperfeiçoamento de Códigos de Ética.

E finalmente, demonstrar o que deve conter, minimamente, um programa de *compliance*, para que seja eficiente e considerado bem estruturado. Assim, ele atingirá uma série de resultados para a organização, como a redução de fraudes financeiras, das multas e penalidades, da corrupção interna e da transgressão aos códigos de ética organizacionais, além de gerar melhorias para os processos organizacionais. Programas de *compliance* que são executados de forma rotineira e permanente diminuem as chances de erros por desconhecimento ou falhas de gestão. Evitam custos indiretos como danos à reputação da empresa, que é um fator muito relevante para aquelas organizações que dependem da opinião pública ou estão inseridas em ambientes de forte regulamentação e competitividade.

2. Escândalos mundiais recentes advindos de práticas corruptivas no meio empresarial e a sua ocorrência pela não observação da ética empresarial

Atualmente, é consenso que os executivos devem ter a consciência de que o excesso de ambição e a visão do lucro imediatista prejudicam a empresa em longo prazo. Um gerente, considerado socialmente responsável, além de produzir resultados, precisa manter a responsabilidade fiduciária, não só com os acionistas, mas também com fornecedores, clientes e, principalmente, com o governo. É este conceito que torna, atualmente, a tarefa do gestor um desafio: não basta obter lucro, ele precisa ser "limpo". Uma empresa considerada ética é aquela que não explora seus fornecedores, nem paga algum tipo de propina para os compradores dos seus

produtos. Ela respeita os seus colaboradores e os fornecedores e não comete crimes contra o meio ambiente. Essas condutas, associadas ao lucro, são características de companhias consideradas socialmente responsáveis (ANTONIK, 2016, p. 46).

A combinação de fatores econômicos, como a contenção de custos, por exemplo, como também a exploração e a manipulação de recursos têm gerado muitos e contínuos problemas éticos nas organizações. Então, a lição a ser aprendida é: limites são necessários, e controles, indispensáveis (ANTONIK, 2016, p. 88-90).

Os resultados negativos que ocorrem nas empresas decorrem da falta de práticas éticas, desleixo, redução de aparatos de segurança ou excessiva contenção de gastos, como consequência da busca "*selvagem*" pelo lucro. Então, fazer o certo ou errado sem dar muita atenção para os resultados sociais e ambientais está intimamente ligado à moral da companhia e de seus gerentes. Também está ligada à pressão que os executivos recebem para obter retornos econômico-financeiros a qualquer custo (ANTONIK, 2016, p. 90).

Tem sido cada vez mais publicizadas pela mídia mundial as atitudes antiéticas das empresas, pois muitas resultam em escândalos financeiros que lesionam acionistas, governos e pessoas em geral, comprometendo a seriedade e reputação das empresas diante do mercado econômico. Também são publicizadas as significativas consequências trazidas a pessoas físicas e jurídicas pelo descumprimento de legislações anticorrupção.

Além da aplicação de multas milionárias, em especial nos Estados Unidos, as notícias envolvendo práticas de corrupção causam sérios danos à reputação das empresas. A simples comunicação ao mercado de que uma empresa está em processo de investigação ou colaborando com as autoridades na apuração de possíveis violações de legislações anticorrupção, acaba gerando, como consequência, efeitos imediatos no valor das ações da empresa. Os gastos incorridos por empresas na condução de investigações internas para a apuração de irregularidades, muitas vezes, são muito mais caros que as próprias sanções financeiras a elas impostas (MAEDA, 2013, p. 169).

No âmbito internacional, a cooperação entre autoridades responsáveis pela aplicação de legislações anticorrupção tem se tornado cada vez mais forte, sendo

cada vez mais aprimorada e intensificada. Destaca-se que incentivos financeiros significativos (que podem chegar a 30% das penalidades impostas) oferecidos a denunciantes que comuniquem violações às autoridades norte-americanas, trazidos pela *Dodd-Frank Act* dos Estados Unidos, tendem a aumentar o risco de que condutas ilícitas sejam investigadas (MAEDA, 2013, p. 169).

Observa-se que no início dos anos 2000, alguns escândalos afetaram profundamente o comportamento de executivos e autoridades nos cinco continentes, o que colaborou para a criação de regulamentos mais rígidos.

Acontecimentos que envolvem companhias, tais como Tyco, WorldCom e Enron, foram tão significativos e graves que mudaram radicalmente para melhor o mundo empresarial. O escândalo da *Enron Corporation* foi deflagrado em 2001. A empresa, que atuava no ramo de energia elétrica, acabou por levar a companhia texana à falência e à dissolução do grupo de assessoria e contabilidade Arthur Andersen, auditor independente da empresa. O caso é conhecido como um dos mais relevantes da história contábil internacional e também como o maior fracasso de auditoria (ANTONIK, 2016, p. 86-87).

Em 2002, executivos da *WorldCom,* segunda empresa de telecomunicações de longa distância dos EUA, falsificaram números de demonstrações financeiras para inflar os ativos da companhia em aproximadamente US$ 12 bilhões. O rápido processo de falência da *WorldCom* acabou ocasionando enormes e impressionantes perdas aos seus investidores. O CEO e o CFO da *Tyco*, companhia seguradora em Nova Jersey (EUA), subtraíram da empresa US$ 150 milhões em 2002. Diante das repercussões negativas e prejuízos que os referidos escândalos de fraudes causaram no meio empresarial americano, até as empresas menores começaram a se preocupar e a contratar executivos que fossem treinados para cuidar das questões éticas das companhias (ANTONIK, 2016, p. 87).

A crise financeira mundial de 2008, que começou com o colapso do mercado imobiliário nos Estados Unidos, é um exemplo dos problemas que podem ocorrer, por consequência da negligência à ética. Na referida crise, de forma inescrupulosa, companhias lesaram milhões de pessoas em todo o mundo, simplesmente porque

não foram éticas em suas operações. Numa clara atitude de desrespeito à população, o governo americano, o grande responsável pela crise, deixou que os bancos agissem indiscriminadamente. Pela ética da convicção, Alan Greenspan, executivo do Banco Central americano, defendeu o livre ajuste do mercado. Mas, infelizmente, a mão invisível[1] de Adam Smith não funcionou neste caso (ANTONIK, 2016, p. 96).

Os executivos financeiros assumem importância fundamental dentro de uma política ética empresarial. Eles devem ser profissionais bem preparados para seguir as regras e impor limites de atuação, que são cuidadosamente bem definidos. A companhia deve se preocupar também em manter o estrito e rigoroso controle sobre esses executivos (ANTONIK, 2016, p. 97).

A corrupção no setor público tem maior repercussão nas sociedades. No entanto, a prática de atos ilícitos não é exclusividade dos governos. O setor privado também está repleto de maus exemplos.

3. *Compliance*: sua importância na iniciativa privada para combate à corrupção e estabelecimento de boas práticas de governança empresarial

O tema *compliance* especialmente em matéria de anticorrupção, nos últimos anos, tem estado no topo da lista de prioridades de grande parte das empresas, particularmente daquelas com operações multinacionais. Muitos investimentos têm sido realizados no desenvolvimento de estruturas e programas de *compliance,* que são voltados à prevenção, como também à detecção de desvios de conduta, e, também, na remediação de eventuais problemas que forem identificados. Reconhece-se o papel fundamental da iniciativa privada na prevenção da corrupção e na manutenção de um ambiente corporativo que seja competitivo e que seja pautado por princípios éticos e de integridade. Esse movimento é crescente, e considerado irreversível, se fortaleceu na última década especialmente em decorrência da aplicação rigorosa, nos Estados Unidos do *Foreign Corrupt Practices Act* ("FCPA") pelo *Department of Justice*

[1] Trata-se de uma referência a Adam Smith e ao seu livro "A riqueza das nações", escrito em 1776.

("DOJ") e pela *U.S. Securities & Exchange Commission* ("SEC"). Da mesma forma, pela disseminação de importantes convenções internacionais de combate à corrupção, com destaque para a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais ("Convenção da OCDE") (MAEDA, 2013, p. 168-169).

Os Estados Unidos, em 2002, publicaram uma lei federal chamada de *Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002* (Lei da Reforma Contábil e Proteção de Investidores de Empresas Privadas) que teve como objetivo o de evitar fraudes contábeis, como a do caso Enron. A lei ficou conhecida no Brasil pelo nome de Lei Sarbanes-Oxley. Ela possui um texto abrangente e apresenta padrões de conduta que devem ser seguidos por conselhos de administração, diretores e empresas de auditoria. Tem como objetivo o de estabelecer penalidades para inibir a prática de procedimentos não éticos ou que estejam em desconformidade com as boas práticas de governança empresarial. Embora a Lei Sarbanes-Oxley fosse destinada à área contábil, ela gerou um impacto positivo e irreversível em diversos setores da economia. Empresas de todo o planeta iniciaram um movimento em favor da ética, pois enxergavam na adoção de princípios morais da Lei uma forma de avaliar riscos e de proteger os investimentos dos acionistas (ANTONIK, 2016, p. 90).

Em 2010 a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico) desenvolveu um documento que é voltado à implementação de programas de integridades nas empresas visando à prevenção e à detecção de casos de suborno transnacional. O documento se chamou *Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance e* estabeleceu 12 Boas Práticas[2] que as empresas devem

[2] São as 12 Boas Práticas : 1- comprometimento da alta direção da empresa; 2- política clara e pública de proibição de suborno; 3- esclarecimento de que o não envolvimento na prática de suborno e o comprimento das regras estabelecidas é de responsabilidade de todos os funcionários da empresa, de todos os níveis hierárquicos.; 4- implementação de políticas destinadas à prevenção do suborno, que se apliquem a todos os funcionários e envolvam os seguintes temas: brindes e presentes, despesas com hospitalidade, viagens, doações políticas e filantrópicas e doações de patrocínios, não aceitação de solicitação de vantagens indevidas e extorsão; 5- supervisão contínua do programa por funcionário público de alto grau hierárquico na empresa e garantia de que sejam destinados suficientes recursos humanos e financeiros, que viabilizem a manutenção e autonomia do programa; 6- aplicação do programa de *compliance*, quando cabível, a terceiros, tais quais agentes, intermediários, consultores,

considerar para assegurar que seus programas de integridade sejam implementados com o objetivo de prevenir e detectar, de forma efetiva, práticas de suborno (CAPANEMA, 2014, p. 23-24).

Também foi desenvolvido, no mesmo sentido, pelas unidades governamentais norte-americanas SEC e DOJ um guia que tem como objetivo a avaliação dos programas de integridade no âmbito da aplicação do chamado *Foreign Corrupction Practices Act – FCPA*. Essa publicação enumera uma série de parâmetros que deverão ser considerados quando da estruturação do programa de *compliance* das empresas, e vários deles são semelhantes ao guia da OCDE. Esta série de parâmetros seriam: o comprometimento da alta administração de empresa; elaboração e implementação de padrões de conduta e código de ética; análise de riscos periódica; supervisão do programa de integridade por funcionário de elevado grau hierárquico; treinamento e orientação de funcionários; estabelecimento de canais e procedimentos para o recebimento de denúncias; adoção de medidas disciplinares para casos de violação das medidas de integridade; definição de procedimentos para a tempestiva identificação e remediação de desvios; auditoria e diligências para agentes e parceiros de negócios, e o monitoramento e atualização constantes do programa (CAPANEMA, 2014, p. 25).

É consenso entre os autores e diversos profissionais, com base nos estudos realizados, o conceito do termo *compliance*. Esta palavra vem do verbo em inglês "*to comply*", que significa "cumprir", "executar", "satisfazer", "realizar o que lhe foi exposto". Exprime, em sentido literal, o sentido agir de acordo com uma regra ou comando. *Compliance* é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades das organizações

distribuidores e fornecedores; 7- implementação de sistema de controle contábil e financeiro; 8- comunicação, orientação e treinamento periódico de todos os funcionários da empresa, de todos os níveis hierárquicos, sobre as regras de ética e prevenção à prática de suborno; 9- implementação de medidas para encorajar e incentivar o cumprimento das regras de ética e *compliance* pelos funcionários; 10- estabelecimento de medidas disciplinares apropriadas para coibir violações aos regramentos de ética e *compliance*; 11- orientações a funcionários da empresa quando eles se encontram em situação de dúvida ou dificuldade em jurisdições estrangeiras e proteção de funcionários e, quando aplicável, parceiros comerciais, que reportem violações ao programa de ética e *compliance;* 12- Revisões periódicas do programa de integridade, levando em conta as mudanças da empresa e do mercado em que atua.

(BITTENCOURT, 2014, p. 84). Os resultados das ações de *compliance* demonstram o quanto a organização está aderente às políticas, diretrizes, normas, regulamentos, legislação e procedimentos (NEGRÃO, 2014, p. 43).

A missão do *compliance* é justamente: assegurar, em conjunto com as demais áreas, a adequação, o fortalecimento e o funcionamento do Sistema de Controles Internos da Instituição. Procurando mitigar os riscos de acordo com a complexidade de seus negócios, bem como disseminar a cultura de controles para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos existentes (NEGRÃO 2014, p. 43-44).

Quando se fala em *compliance*, está se referindo aos sistemas de controles internos que permitam esclarecer e proporcionar maior segurança àqueles que se utilizam da contabilidade e de suas demonstrações contábeis para efeito de análise econômico-financeira e de gerenciamento operacional e de riscos de liquidez da empresa. Inclui-se nesses controles a prevenção à realização de eventuais operações ilegais, fraudulentas e que causem, como consequência, desfalques não somente à instituição como também a clientes, fornecedores e investidores (ASSI, 2013, p. 30).

Diferente da ética, que é assumida com espontaneidade, o *compliance* está relacionado à responsabilidade legal. Ser ético é agir voluntariamente com princípios morais para com a sociedade. Já *compliance* é cumprir com regras e regulamentos, ou seja, é trabalhar ou agir dentro da lei. O *compliance* é formado por leis, decretos, resoluções, normas, atos e portarias, ou seja, é todo arcabouço regulatório que é aplicado pelas agências que controlam e regulam o setor no qual a empresa está inserida. As maiores e mais organizadas corporações também criam suas próprias normativas internas para direcionar o comportamento de seus diretores e executivos e, desta forma, coibir comportamentos negativos, desvios de conduta e inconformidades. Analisado sob a ótica dos executivos, o *compliance* pressupõe atender, além da normativa regulatória e legal, as resoluções internas da companhia (ANTONIK, 2016, p. 46-47).

A evolução histórica das atividades de *compliance* ocorreu pela necessidade do próprio mercado em instituir controles internos, pela necessidade de estar em conformidade. Assim, o *compliance* e os controles internos representam uma necessidade imperiosa da globalização para combater as fraudes nas organizações,

a lavagem de dinheiro, como também o financiamento ao terrorismo (NEGRÃO, 2014, p. 23).

No cenário, em que o arcabouço jurídico de combate à corrupção se tornou mais rigoroso e as possíveis consequências pela violação alcançam patamares bastante elevados, a implementação de programas de *compliance* se torna uma necessidade praticamente inevitável.

A adoção dos programas de *compliance* – embora não obrigatória em nenhuma das principais legislações anticorrupção, com a ressalva da obrigação de manutenção de controles internos para as empresas consideradas "emissoras" sob o FCPA –, permite que se reduza o risco de que condutas ilícitas ocorram. E, por outro lado, caso algum comportamento previsto nas legislações anticorrupção venha a ser cometido, apesar dos esforços de prevenção que foram adotados, os programas de *compliance* aumentarão as chances de que a própria empresa detecte estes comportamentos transgressores. Desta forma, a própria empresa poderá rapidamente investigar, remediar e, dependendo o caso, decidir por colaborar com as autoridades competentes como forma de reduzir eventuais sanções. O fato de a empresa poder demonstrar que agiu de modo diligente e de boa-fé ao adotar e implementar mecanismos que estejam razoavelmente bem estruturados para evitar que violações ocorressem poderá ser importante fator para diminuir a sua responsabilidade (MAEDA, 2013, p. 170-171).

A partir do início do século XX surgiram grandes corporações nos Estados Unidos. Nesta época, a gerência das empresas era exercida pelos próprios donos, mas com o decorrer dos anos, isso foi se modificando: o capital das organizações passou a ser dividido e a ter vários acionistas. A partir desta realidade, acabou surgindo a necessidade de se gerenciar de forma mais controlada. Em consequência, foi criado o Banco Central dos Estados Unidos, com a finalidade de implementar um sistema financeiro que fosse mais flexível, seguro e também estável (NEGRÃO, 2014, p. 23).

A data histórica que contribuiu e muito para a conhecida crise mundial, que ficou marcada econômica e financeiramente para as organizações, foi o ano de 1929, quando ocorreu a quebra da bolsa de Nova York. Observa-se que, até este evento, a maioria das organizações não controlavam suas informações contábeis e financeiras,

nem mesmo tinham suas informações divulgadas de forma transparente, correta e clara[3]. O ano de 1950 foi um marco muito importante com relação ao *compliance*: foi chamado de "era do *compliance*", quando a *Prudental Securities,* nos Estados Unidos, contratou advogados com o objetivo de acompanhar a legislação e de monitorar atividades de valores mobiliários (NEGRÃO, 2014, p. 23).

A maior parte do conhecimento sobre práticas de gestão e tecnologia de administração de empresas é produzida nos Estados Unidos. Inclusive, o debate sobre a ética empresarial nas universidades americanas acabou surgindo a partir de uma série de escândalos que aconteceram no país, motivados principalmente pela indústria bélica a partir dos anos de 1960 (ANTONIK, 2016, p. 86).

Foi a partir de 1960 que a *Securities and Exchange Commission* (SEC), ou Comissão de Valores Mobiliários Norte-Americana, passou a insistir na contratação de *compliance officers* (responsáveis pela conformidade) com o objetivo de criar procedimentos internos de controle, treinar pessoas e monitorar o cumprimento dos procedimentos. No início de 1980, verificou-se que as ações de *compliance* começaram a se expandir para as demais atividades financeiras no mercado dos Estados Unidos. Uma das mais importantes criações desse período ocorreu em 1985, com o surgimento do comitê denominado *Committe of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* (COSO). Esta é uma organização sem fins lucrativos, dedicada à melhoria dos relatórios financeiros, principalmente pela aplicação da ética e efetividade no cumprimento dos controles internos. O objetivo era o de prevenir e evitar fraudes nas demonstrações contábeis das organizações (NEGRÃO, 2014, p. 23).

Em 1991 foi criada a *Ethics & Compliance Officer Association* – Ecoa (*Associação de Gestores de Ética e Compliance*) que é uma associação voltada para executivos responsáveis pela ética das companhias, como também pelo cumprimento de programas de conduta nos negócios. Como única organização do gênero, seus integrantes representam o maior grupo de ética e de profissionais de persuasão no mundo (ANTONIK, 2016, p. 86).

[3] Essa data foi retratada no filme de Charles Chaplin "Tempos Modernos", que demonstra a situação vivida pelos norte-americanos logo após a crise de 1929. Com muito humor, o filme apresenta os efeitos que as organizações sofreram com a redução da produção pela metade e muitas falências.

No ano de 1996 foi publicada uma ferramenta importante para a conformidade na área de tecnologia. O guia denominado *Control Objectives for Informaton and related Technology* (COBIT) foi publicado pela fundação americana *Information Systems Audit and Control Foundation* (ISACA). Formulado como estruturação, orientação para a gestão de Tecnologia de Informação (TI). Ainda em 1996 foi modificado e complementado o 1.º Acordo de Capital de 1988 – que tratou também do risco operacional de mercado que envolve perdas por erros de empregados, falhas no computador, documentações irregulares ou fraudes, dentro do cálculo do capital mínimo definido em 1988 pelo Comitê de Supervisão Bancária da Basileia (NEGRÃO, 2014, p. 23).

No ano de 1998 iniciou-se o que ficou denominado como "era dos controles internos", com a publicação, pelo *Comitê de Basileia*, dos 13 princípios a respeito da supervisão pelos administradores dos controles internos. Destaca-se, na referida publicação, a necessidade de controles internos efetivos e a promoção da estabilidade do sistema financeiro mundial. No ano seguinte, o *Comitê da Basileia I* divulgou os 25 princípios para uma Supervisão Bancária Eficaz, com destaque para o Princípio 14, que diz:

> *[...] supervisores da atividade bancária devem certificar-se de que os bancos tenham controles internos adequados para a natureza e escala de seus negócios. Estes devem incluir arranjos claros na delegação de autoridade e responsabilidade: segregação de funções que envolvam comprometimento do banco, distribuição de seus recursos e contabilização de seus ativos e obrigações; reconciliação deste processo; salvaguarda de seus ativos; e funções apropriadas e independentes de Auditoria Interna e Externa e de Compliance para testar a adesão a estes controles, bem como a leis e regulamentos aplicáveis (NEGRÃO, 2014, p. 23-24).*

As atividades de *compliance* são entendidas como uma necessidade decorrente de vários fatos que, com o passar do tempo, foram exigindo maiores atividades de controle e uma necessidade de "se estar em *compliance"*. Entende-se que: estar em *compliance* é estar em conformidade com leis e regulamentos internos e externos. É uma obrigação de cada colaborador dentro da instituição. O *compliance* é definido como uma ferramenta de governança corporativa, no que diz respeito a sistemas, processos, regras e procedimentos adotados para gerenciar os negócios da instituição. Proporciona o aprimoramento da relação com os investidores (ASSI, 2013, p. 19).

Na atualidade, é difícil encontrar empresas com atuação internacional que não possuam ao menos um código de conduta. Mas, um sistema de prevenção de corrupção exige muito mais do que isso. Os códigos de conduta devem estabelecer, de forma simples, clara e inequívoca, os valores e princípios éticos da empresa, incluindo a não tolerância a qualquer forma de corrupção. Já os programas de *compliance* efetivos exigem um conjunto mais amplo de políticas e, principalmente, de controles e procedimentos para a mitigação de riscos (MAEDA, 2013, p. 190-191).

A existência de padrões e procedimentos para prevenir e detectar condutas indevidas, como também a adoção de medidas razoáveis para garantir seu cumprimento, são elementos expressamente citados no *U.S Sentencing Guidelines*. Ele também menciona a importância da efetiva aplicação do programa de *compliance* através de incentivos e medidas disciplinares apropriadas. As boas práticas da OCDE citam, dentre outros elementos, a existência de políticas anticorrupção que sejam claras, bem como a de manutenção de controles internos eficazes. Contém registros contábeis que sejam precisos e a possibilidade de serem realizadas denúncias de violações de forma confidencial, sem retaliação. (MAEDA, 2013, p. 191)

A aplicação de legislações anticorrupção em nível internacional tem se tornado cada vez mais rigorosa, impondo responsabilidade direta à pessoa jurídica por atos praticados por seus empregados e terceiros, com sanções graves e significativas. Ao mesmo tempo em que se verifica um endurecimento do combate à corrupção, observa-se o crescente reconhecimento de programas e procedimentos que são destinados a prevenir as condutas ilícitas como uma forma de mitigar riscos. O Brasil seguiu o mesmo modelo através da aprovação da Lei Anticorrupção (MAEDA, 2013, p. 201).

A *Lei Anticorrupção* brasileira buscou, em seu art. 7º, inciso VIII, fazer com que as empresas criem mecanismos internos de fiscalização e de incentivo à denúncia de irregularidades – ou seja, que busquem descobrir desvios de conduta ética e incentivar a elaboração e aperfeiçoamento de Códigos de Ética (DAL POSSO, 2014, p. 106).

A Lei estabelece, ainda, que seja levada em conta, na aplicação das sanções, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e

incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica (CAPANEMA, 2014, p. 22).

A técnica dos programas de *compliance* combina várias possibilidades de comportamento decisório no âmbito empresarial. Tem como orientação principal, finalidade preventiva, através da programação de uma série de condutas, de condução e de cumprimento. Essas condutas estimulam a diminuição dos riscos da atividade. Sua estrutura combina estratégia de defesa da concorrência leal e justa com as estratégias de prevenção de perigos futuros (SILVEIRA, 2015, p. 255).

A nova Lei Anticorrupção brasileira se alinhou ao padrão internacional de responsabilização individual e empresarial. Na responsabilização individual, as formas delitivas podem ser dolosas e "contra os interesses da empresa", de infração de dever de cuidado, ou "da empresa" ou "a partir da empresa". Uma adequada descrição dos comportamentos nos programas de *compliance* deve atingir especialmente o risco permitido, no sentido da definição de práticas negociais de caráter meramente especulativas, inerentes ao mundo dos negócios. Também disciplinará o alcance da aceitação dos presentes, ou a imposição de limites do exercício da confiança (SILVEIRA, 2015, p. 337).

O Brasil está dando um importante passo para uma nova era de maturidade no seu ambiente de negócios. Com a publicação e a regulamentação da Lei Anticorrupção, o País se alinha às mais rigorosas e avançadas legislações do mundo no combate à corrupção. A lei brasileira possui texto semelhante ao da Lei de Práticas de Corrupção (o *Practices Act* ou FCPA), dos Estados Unidos, e ao da Lei do Suborno (o *Bribery Act*), do Reino Unido. É consenso que a Lei Anticorrupção afetará profundamente a cultura organizacional de empresas brasileiras e estrangeiras que atuam no País. Para evitar que estas caiam em casos de corrupção, serão obrigadas a criar "uma estrutura de governança corporativa, gestão de riscos e controles internos" (DELOITTE, 2014, p. 04).

> *O sistema legal brasileiro está se equiparando agora às práticas anticorrupção adotadas principalmente nos Estados Unidos desde a década de 70 e nos países europeus anos depois. Nesses lugares, a lei é implacável, com quem comete ilícitos, mas também reconhece os esforços dos empresários que tentam moralizar seus pro-*

> *cedimentos. É só ver o exemplo da Siemens nessas investigações de cartel em São Paulo. A empresa tem uma estrutura de compliance que fez toda a diferença na investigação, inclusive com os acordos de leniência, que também figuram na lei brasileira. O caminho da transparência, da modernização e da qualificação dos serviços públicos é uma tendência mundial, inevitável nas grandes democracias (OSÓRIO, Veja, 20.ago.2014, p.19).*

Não é possível separar as atividades financeiras dos aspectos éticos, devido as consequências, que estes trazem aos negócios. Projetos de investimentos, empréstimos, financiamentos, operações estruturadas de derivativos, entre outras operações, estão sempre ligados à ética (ANTONIK, 2016, p. 96).

As empresas que adotam uma postura comprovadamente diligente e vigilante devem receber tratamento diferenciado em relação às que optam por se omitir diante da corrupção. O que se está incentivando é o combate e prevenção da corrupção dentro das próprias organizações o que não significa minimizar o papel de fiscalização. O combate e a repressão, que deve ser desempenhado pelo Estado continua fundamental, mas indica que a lei deve ser aplicada, e de fato aplicá-la, com mais rigor contra empresas que negligenciam seu papel na prevenção da corrupção (MAEDA, 2013, p. 201).

As companhias possuem estruturas e métodos de trabalho que são diferentes dos encontrados no setor público. Elas devem buscar sistemas de controles particulares com o objetivo de garantir absoluta lisura em suas aquisições e evitar subornos e fraudes (STUKART, 2003., p. 73-75).

O fato de um país ou território ser considerado de alto risco não significa que seja impossível realizar bons negócios naquela região. Quando levamos em consideração o porte, a estrutura e a estratégia do negócio que serão adotadas e, adicionalmente, implementamos medidas que sejam antifraude, conectadas aos riscos do negócio e alinhadas aos controles internos, passamos a lançar mão de uma poderosa ferramenta para aprimorar as práticas de governança corporativa e dos níveis de *compliance* da empresa (CLAYTON, 2013, p. 150).

Ressalta-se que as empresas possuem regramentos e estruturas que são diferentes do setor público. Por isso devem implementar programas de *compliance* que garantam

a lisura e ética em seus negócios – sob pena de prejuízo para as próprias empresas, quando se encontram envolvidas em escândalos e investigação de corrupção e pessoas que com elas se relacionam, como governos, acionistas e a população em geral, que acaba sendo prejudicada por práticas corruptivas.

4. O que o programa de *compliance* deve observar para que seja uma eficiente política privada empresarial, objetivando evitar e punir práticas corruptivas?

O *compliance* tem se tornado, nos últimos anos, um termo comum entre as organizações. A maioria das organizações multinacionais, bem como instituições financeiras, possui um programa ou uma área de *compliance*. Qualquer organização que pretenda abrir capital precisa implementar ações nesse sentido. Os programas de *compliance* buscam ações no sentido de garantir o comprometimento dos empregados nas organizações, da mesma forma, o de transmitir a importância de executar as tarefas diárias de forma correta e ética. Esse comprometimento dos empregados para fazer as coisas certas diariamente exige controle, auditoria, comunicação e políticas de incentivo (NEGRÃO, 2014, p. 51-52).

Um programa de *compliance* bem estruturado provavelmente atingirá uma série de resultados para a organização, dentre eles: a redução de fraudes financeiras, das multas e penalidades, da corrupção interna e da transgressão aos códigos de ética organizacionais, além de gerar melhorias para os processos organizacionais. Programas de *compliance* e suas respectivas ações, executadas de forma rotineira e permanente, diminuem as chances de erros por desconhecimento ou falhas de gestão. Evitam custos indiretos como danos à reputação, fator de relevância para aquelas organizações que dependem da opinião pública ou estão inseridas em ambientes de forte regulamentação e competitividade. Nas principais organizações financeiras ou naquelas que possuem forte regulamentação, como é o caso, por exemplo, das de telecomunicações, os gestores de nível mais alto atestam e publicam a confiabilidade de diversos relatórios críticos de nível organizacional.

A confiabilidade entre esses gestores e a área de *compliance* atinge uma dimensão elevada (NEGRÃO, 2014, p. 52).

Os programas de *compliance* não podem ser confundidos com meros códigos de conduta ou conjunto de políticas. Ao mesmo tempo, não há uma fórmula claramente estabelecida que descreva, com precisão, todos os elementos que são necessários para que um programa de *compliance* seja considerado suficientemente robusto para conferir benefícios para as empresas em caso de violações. Não existe fórmula única, já que cada empresa está sujeita a diferentes tipos de riscos e a peculiaridades específicas de seus negócios e operações (MAEDA, 2013, p. 177-178).

As regulamentações são o alicerce dos programas de *compliance*. A maioria tem foco na prevenção de fraudes, de corrupção, de lavagem de dinheiro e aborda processos da área financeira. A área de *compliance* deve possuir independência e autonomia para o exercício das suas atividades e desenvolver um programa eficaz com foco no comprometimento, identidade e aspecto cultural da organização, garantindo resultados mensuráveis. Os benefícios desses programas serão percebidos se houver acompanhamento dos seus resultados e, principalmente, se forem implementados os ajustes e as melhores propostas a partir das seguintes ações que permitirão: a) agir de acordo com os padrões de conduta; b) inibir as fraudes corporativas; c) assegurar o cumprimento das normas internas; d) verificar e estabelecer controles com vistas a evitar a corrupção; e) incentivar a ética nos negócios, e f) reunir os meios necessários que assegurem o cumprimento das leis, evitando danos às partes interessadas (NEGRÃO, 2014, p. 52).

O primeiro passo é dado a partir do entendimento das principais áreas de risco da empresa com relação à corrupção; contando com o comprometimento e suporte de sua alta administração, o próximo passo será a implementação de um programa de *compliance* efetivo, com o desenvolvimento de regras, controles e procedimentos, objetivando minimizar a possibilidade de práticas de condutas ilícitas (MAEDA, 2013, p. 190).

Capanema faz pertinentes observações referentes ao *compliance* corporativo: primeiro, ele evidencia que, por mais completo e estruturado que um programa

de integridade seja, ele nunca será capaz de banir a ocorrência de irregularidades. Segundo, é necessário tomar cuidado para que o programa de integridade não se torne um c*ommodity*, um modelo pronto ou um *check list*, ou seja, uma "receita de bolo" a ser incorporada pelas empresas. O programa de integridade deve ser adaptado para atender às especificidades da corporação, levar em conta o tamanho, o setor de atuação, o grau de relacionamento da empresa com o setor público, devendo atender, antes de tudo, ao mapeamento de riscos realizado. Além de bem estruturado, deve ser efetivo, deve funcionar. Se a alta administração da empresa foi por anos conivente com a existência de desvios, está evidente que o programa não possui efetividade. O *compliance* deve ser implementado, levando-se em conta, sempre, a realidade da empresa e o ambiente em que ela está inserida. Também levando-se em conta, na elaboração e aplicação de programas de integridade, o tamanho, o número de funcionários e a complexidade da estrutura das empresas (CAPANEMA, 2014, p. 22- 25).

Um modelo de programa de *compliance*, considerado interessante, estaria dividido em quatro pontos específicos, que são: 1.º - *cultura de compliance*: deve ser patrocinada pela alta administração da organização. A partir dessa decisão, deverá ser estabelecido um código de conduta, políticas e procedimentos amplamente divulgados aos *stakeholders*; nesta etapa definem-se também os recursos para a implementação da estrutura do *compliance*; 2.º - *gestão de riscos*: permite identificar os riscos relativos à corrupção em setores, atividades, processos e pessoas consideradas mais vulneráveis na organização; atividades de treinamento e capacitação contínuos para informar aos funcionários o código de conduta e a legislação que lhe dá suporte. 3.º - *canais de denúncia e remediação*: deverão ser acessíveis a todos, garantidas a confidencialidade e a não retaliação; medidas disciplinares contra os infratores devem ser aplicadas, independente do cargo ou função; 4.º - *melhoria contínua de compliance*: que exige revisão e monitoramento constantes para identificar regras aplicáveis aos produtos e mercados, bem como problemas nos processos internos. Para aprofundar o programa, deve-se promover *due diligence* de fornecedores, incluindo terceiros com os quais se relacionam, com direito de auditoria. A *due diligence* também deve ser aplicada

antes das aquisições, assim como na integração de empresas (BITTENCOURT, 2014, p. 84-85).

Os tratados anticorrupção variam muito de empresa para empresa, sendo de grandes e complexos a pequenos e simples. Independentemente de seu escopo, devem ser feitos e endereçados com alto grau de profissionalismo e experiência porque as potenciais consequências para empresas e clientes estão se tornando cada vez mais severas à medida que os órgãos regulatórios internacionais redobram esforços para erradicar ou a prevenir a corrupção. Eles possuem um caráter educativo muito forte (CLAYTON, 2013, p. 166).

Diz respeito, por exemplo, a presentes e entretenimento, pois até nisso as empresas devem ter cuidado. Observa-se que, no mundo empresarial, corporativo, conhecer a pessoa certa pode fazer toda a diferença. Estas relações influenciam nas decisões e podem ser usadas até para se conseguir negócios e contratos. Mas, se não bem conduzidos, presentes e entretenimentos oferecidos podem configurar conflitos de interesses não declarados ou até gerar percepção de que está ocorrendo um conflito de interesse (CLAYTON, 2013, p. 160).

Embora a não aceitação de práticas de corrupção possa ser delineada, de forma geral, em um código de conduta, são assuntos muitas vezes tratados de forma diferente em cada país, não somente do ponto de vista legal, mas também culturalmente. Em muitas situações, a definição do que é ou não considerado uma prática aceitável não é precisa nas legislações locais, o que dá margem a diferentes interpretações. Este é o caso, por exemplo, do oferecimento de brindes e presentes para funcionários públicos ou de atividades promocionais envolvendo algum tipo de pagamento de despesas de viagem ou hospitalidade. Então, para ajudar nas dificuldades de entendimento e de interpretação dos limites legais – evitando que julgamentos e decisões sejam tomadas individualmente por cada empregado –, as políticas internas devem ser claramente estabelecidas. Devem refletir não somente as exigências internacionais como também as questões legais locais, que são importantes para operacionalizar sua implementação, fornecendo diretrizes a respeito do que a empresa permite ou não, e em que condições (MAEDA, 2013, p. 191-192).

O *compliance* tem papel de educador. Atua proativamente e apoia as outras áreas da organização na execução dos seus objetivos de forma correta, em conformidade com a legislação e normativos vigentes, e com base no código de ética da organização. Ele não tem uma missão fácil. É necessário e de grande importância, pois há irregularidades que prejudicam os resultados operacionais, causam transtornos administrativos, financeiros e tributários, além de influenciar no ambiente organizacional e lesar, direta ou indiretamente, a imagem da organização e de seus executivos (NEGRÃO, 2014, p. 45).

Um programa de *compliance* efetivo deve levar em consideração o modelo de negócio da organização. Deve também incorporar aos controles internos medidas que são específicas de análise e ratificação desses controles, medidas que terão como foco o reconhecimento de falhas e potenciais fragilidades nos processos. Da mesma forma, deve promover a identificação de potenciais melhorias nos controles já existentes, de forma a garantir a transparência e precisão dos registros contábeis e da documentação da empresa (CLAYTON, 2013, p. 150).

Problemas ou irregularidades são comuns entre as diversas organizações existentes no Brasil e no mundo. No entanto, o *compliance* direciona os passos a serem dados em conformidade com os aspectos legais que norteiam a organização. O mercado brasileiro segue o exemplo do modelo americano, adotando uma visão proativa, adequando as regulamentações ao ambiente de extrema competitividade e disseminando a importância da área denominada *compliance* (NEGRÃO, 2014, p. 45).

As políticas, controles e procedimentos dessem ser estruturados e implementados tomando como base critérios de razoabilidade e proporcionalidade. As políticas, controles e procedimentos devem endereçar situações de risco significativo de modo apropriado – pois sendo excessivamente rígidos, burocráticos ou complicados, além de impactar negativamente nas atividades da empresa, provavelmente serão pouco eficientes e surtirão o efeito contrário ao desejado. Para otimizar sua eficiência, políticas e procedimentos devem ser de fácil compreensão e implementação por todos os níveis de empregados a quem se destinem. Esse ponto é especificamente abordado nas diretrizes dos procedimentos adequados do *UK Bribery Act*, que

destacam a importância de que políticas e procedimentos sejam estabelecidos de forma clara, prática e acessível (MAEDA, 2013, p. 192-193).

Após a implementação de políticas e procedimentos de *compliance,* desenvolvidos de modo proporcional ao nível de risco da empresa e apoiados por uma estratégia eficiente de comunicação e treinamento, a questão final para o sucesso do programa de *compliance* é verificar se todos os seus destinatários estão, de fato, cumprindo o que deles se espera. Também necessário responder adequadamente à ocorrência de violações ou de eventuais falhas. Não adiantará o esforço para a estruturação de um conjunto de regras, procedimentos e controles se, na prática, eles não forem seguidos (MAEDA, 2013, p. 197).

No presente texto demonstramos que evitar e punir práticas corruptivas também depende da iniciativa privada e da mudança profunda de cultura no ambiente corporativo. A adoção programas de *compliance* que sejam realizados de modo efetivo, atendendo às peculiaridades de cada empresa, poderão contribuir para a mudança cultural das mesmas, fomentando a ética empresarial no sentido de não tolerância a práticas de corrupção.

5. Conclusões

Analisamos, na presente pesquisa, recentes escândalos mundiais de corrupção no meio empresarial – que lesionaram muitas pessoas, dentre acionistas, investidores, governos e população em geral. O setor privado também está repleto de maus exemplos de corrupção, por isso a necessidade de existirem limites e controles, ou seja, a necessidade de se ter um eficiente programa de *compliance*.

Demonstramos, através de referencial teórico, com citação de autores que pesquisam sobre direito empresarial, *compliance*, ética e responsabilidade social e empresarial – e também estudiosos da Lei Anticorrupção Brasileira –, que os programas de *compliance* são o resultado de um movimento crescente impulsionado pela aplicação rigorosa de legislações anticorrupção ao redor do mundo, principalmente nos Estados Unidos.

O *compliance* é considerado, atualmente, como sendo uma ferramenta de governança corporativa muito importante, com relação a sistemas, processo, regras e procedimentos adotados para gerenciar os negócios da instituição. Proporciona o aprimoramento da relação das empresas com os seus investidores.

Por isso procuramos entender a sua definição e demonstrar que quando o Brasil aprovou a Lei Anticorrupção, se alinhou com as principais leis anticorrupção do mundo, pois buscou fazer com que as empresas brasileiras criem mecanismos internos de fiscalização e de incentivo à denúncia de irregularidades e busquem descobrir desvios de conduta ética.

Quanto maior a observação do *compliance* com relação à realidade da empresa e com quem ela se relaciona, maiores chances de ele atingir uma série de resultados positivos para a organização, como a redução de fraudes financeiras, das multas e penalidades, da corrupção interna e da transgressão aos códigos de ética organizacionais, além de gerar melhorias para os processos organizacionais. Programas de *compliance* que são executados de forma rotineira e permanente diminuem as chances de erros por desconhecimento ou falhas de gestão. Também evitam custos indiretos como danos à reputação da empresa, que é um fator muito relevante para organizações que dependem da opinião pública ou estão inseridas em ambientes de forte regulamentação e competitividade.

Respondendo a indagação trazida pelo problema da presente pesquisa: quais as observações mínimas que deve ter o programa de *compliance* quanto à realidade e ambiente de atuação da empresa para que seja considerado uma eficiente política privada empresarial, com objetivo de evitar e punir as práticas corruptivas privadas? Procuramos demonstrar o que um programa de *compliance* deve conter para ser considerado bem estruturado e eficiente para prevenir e punir práticas corruptivas. As regulamentações são o alicerce dos programas de *compliance*. A maioria tem foco na prevenção de fraudes, de corrupção, de lavagem de dinheiro, e aborda processos da área financeira. Observa-se que não há uma fórmula claramente estabelecida que descreva, com precisão, todos os elementos que são necessários para que um programa de *compliance* seja considerado suficientemente eficiente para as empresas

em caso de violações. Não existe fórmula única, pois cada empresa está sujeita a diferentes tipos de riscos e a peculiaridades específicas de seus negócios e operações.

Será a partir do entendimento das principais áreas de risco da empresa com relação à corrupção, contando com o comprometimento e suporte de sua alta administração, que terá sucesso a implementação de um programa de *compliance* considerado efetivo, desenvolvendo regras, controles e procedimentos que minimizem a possibilidade de práticas de condutas ilícitas. Deverá ser adaptado para atender às especificidades da corporação, levar em conta o tamanho, o setor de atuação, o grau de relacionamento da empresa com o setor público, devendo atender, antes de tudo, ao mapeamento de riscos realizado.

As determinações estabelecidas relativamente aos padrões de *compliance* são no sentido de que leve em conta a realidade da empresa e o ambiente em que ela está inserida, seu tamanho, o número de funcionários e a complexidade da estrutura das empresas.

Um programa de *compliance*, para ser eficiente, deve estar orientado em quatro vertentes. A primeira vai no sentido da criação de uma cultura de *compliance* – que deve ser patrocinada pela alta administração da organização –, além do estabelecimento de um código de conduta, políticas e procedimentos amplamente divulgados. A segunda diz respeito à gestão de riscos – aqui se identificam os riscos relativos à corrupção em setores, atividades, processos e pessoas consideradas mais vulneráveis na organização. Devem ocorrer atividades de treinamento e capacitação contínuos para informar aos funcionários o código de conduta e a legislação que lhe dá suporte. A terceira diz respeito aos canais de denúncia e remediação – que devem ser acessíveis a todos, garantir a confidencialidade e a não retaliação. Ressalta-se que as medidas disciplinares contra os infratores devem ser aplicadas, independente do cargo ou função. Finalmente, a quarta vertente diz respeito à melhoria contínua de *compliance* – o que exige revisão e monitoramento constantes para identificar regras aplicáveis aos produtos e mercados, bem como problemas que possam ter ocorrido nos processos internos.

Após a implementação de políticas e procedimentos de *compliance,* desenvolvidos de modo proporcional ao nível de risco da empresa e apoiados por uma estratégia

eficiente de comunicação e treinamento, a questão final para o sucesso do programa de *compliance* é verificar se todos os seus destinatários estão, de fato, cumprindo o que deles se espera. Também necessário responder adequadamente à ocorrência de violações ou de eventuais falhas.

Bibliografia

ANTONIK, Luis Roberto. *Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial*: uma visão prática. Rio de Janeiro, RJ: Alta Books, 2016.

ASSIS, Marcos. *Gestão de compliance e seus desafios*: como implementar controles internos, superar dificuldades e manter a eficiência dos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2013.

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção*: Lei 12.846/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, M. D. do. (Org.). *Lei Anticorrupção empresarial aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CLAYTON, Mona. Entendendo os desafios de *compliance* no Brasil: um olhar estrangeiro sobre a evolução do *compliance* anticorrupção em um país emergente. In: DEBBIO, A.D.; MAEDA, B.C; AYRES, C. H. S.; (Orgs.). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DAL POSSO, A.A.F. et al. *Lei Anticorrupção*: apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DELOITTE, Touche Tohmatsu. *Lei Anticorrupção*: um retrato das práticas de compliance na era da empresa limpa. São Paulo, 2014, p. 4. Disponível em: http://www.abbc.org.br/images/content/Lei_Anticorrupcao.pdf. Acesso em: 2 out 2016.

MAEDA, Bruno Carneiro. Programas de *compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, A.D.; MAEDA, B.C; AYRES, C. H. S.; (Orgs.). *Temas de anticorrupção & compliance*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NEGRÃO, C. R. P. L.; PONTELO, J. F. *Compliance, controles internos e riscos*: a importância da área de gestão de pessoas. Brasília: Editora Senac – DF, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Uma ética de mão dupla*. Entrevistador: Robson Bonin. Entrevista concedida à *Revista Veja*. Edição 2387, Ano 47, nº 34, de 20 de agosto de 2014, páginas 15 a 19.

SILVEIRA, R. M. J.; SAAD-DINIZ, E. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção.* São Paulo: Saraiva, 2015.

STUKART, H.L. Ética & Corrupção – os benefícios da conduta ética na vida pessoal e empresarial. São Paulo: Nobel, 2003.

Eurocentrismo e nacionalismo na União Europeia frente aos direitos humanos

Euroscentrism and nationalism in the European Union towards human rights

Rubens Beçak[*]/Cibele Rodrigues[**]

RESUMO: O maior fluxo migratório da história da humanidade, depois da 2.ª Guerra Mundial, traz um cenário de opiniões diferentes dentro da União Europeia, que, diante dos atentados terroristas recentes, se desdobra para manter a ordem, a segurança e a integridade de suas fronteiras. Os princípios e garantias da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia perdem espaço para o eurocentrismo e para o nacionalismo nos discursos extremistas. Desta forma, mais Estados-Membros se mostram contrários ao acolhimento de refugiados, principalmente de muçulmanos, e acabam gerando embates entre o respeito aos direitos humanos e a segurança dos europeus.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; migrações; União Europeia.

ABSTRACT: The largest migratory flow in the history of mankind, after the Second World War, has given rise to a landscape of different views within the European Union. In the face of recent terrorist attacks, the EU endeavors to maintain order, security, and the integrity of its borders. The principles and guaranties of the Charter of Fundamental Rights loose space for Eurocentrism and nationalisms of extremist speeches. Therefore, more countries rise against the compulsory influx of refugees, especially of Muslims, and end up provoking clashes between the respect for human rights and security of Europeans.

KEYWORDS: human rights; migrations; European Union.

[*] Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor associado na USP (São Paulo/Brasil).
[**] Doutora em Direito (USP).

1. Introdução

Os conflitos nas regiões do Oriente Médio desencadeiam diversos problemas que abalam as estruturas mundiais e principalmente a dos países vizinhos. A busca incessante de seus refugiados por segurança e paz faz com que cada vez mais um grande contingente migratório se desloque para regiões que aparentemente se afiguram menos hostis e mais seguras, nas quais qualquer pessoa possa viver dignamente e ter seus direitos fundamentais respeitados.

O fluxo migratório para a União Europeia (UE) tem se mantido consistente. São quotidianos os esforços por alcançar a Alemanha e outros Estados europeus, os quais não estavam preparados nem estruturados para acolhê-los. Somam-se a isso os atentados isolados nas regiões europeias assumidos pelo grupo Estado Islâmico ou Daesh. Isso fez com que parte da população europeia relativizasse valores como a tolerância cultural e o acolhimento de imigrantes para assumir uma postura de desconfiança, com base na qual muitos europeus reafirmam a sua identidade e manifestam insegurança diante da livre circulação de estrangeiros no seu território.

Tal cenário tem contribuído para que eurocêntricos e nacionalistas propaguem a mensagem de que todo imigrante pode ser um terrorista, principalmente se for muçulmano. Infunde-se na população europeia a insegurança e a intolerância para com aqueles que atravessam suas fronteiras.

Neste contexto, as medidas de segurança adotadas por alguns Estados-Membros e as políticas de restrição às migrações adotadas pela União Europeia podem confrontar com o instituído pelo direito primário da União [sobretudo a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)] e convenções de direitos humanos em vigor no plano global e europeu. Por isso, justifica-se uma abordagem sobre os direitos humanos na União Europeia e como o eurocentrismo e os novos nacionalismos estão afetando a população europeia no sentido de negar o direito à vida, à segurança e à dignidade dos migrantes.

O objetivo deste artigo é demonstrar a divergência entre os direitos humanos e

o posicionamento político atual de alguns Estados-Membros da União Europeia – que reforçam um discurso racista, xenófobo e intolerante com as diferenças.

A metodologia utilizada foi a descritiva e exploratória da bibliografia apresentada, a fim de associar os conhecimentos de renomados autores com os fatos atuais divulgados pela mídia internacional.

2. A União Europeia e os direitos humanos

O discurso da União Europeia, patente no preâmbulo da sua Carta dos Direitos Fundamentais, identifica o ser humano como o cerne de sua ação, garantindo-lhe a dignidade, a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

A proteção e a promoção dos direitos humanos dentro do espaço europeu ficaram, durante muito tempo, a cargo do Conselho da Europa, ao qual cabia a garantia da observância da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Neste período, cabia ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias [hoje Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)] pronunciar-se sobre como os Estados-Membros e as instituições europeias respeitavam (ou não) os direitos fundamentais.

Em 1992, o Tratado de Maastricht[1] inscreve os direitos fundamentais como um dos "objetivos"[2] da UE e, em 1997, o Tratado de Amsterdã reforça a importância desses direitos na política da UE, consagrando explicitamente o respeito pelos direitos fundamentais como requisito indispensável para a adesão ao bloco europeu

[1] Assinado em 7 de fevereiro de 1992, na cidade de Maastricht (Holanda), constituiu política e economicamente a União Europeia, além de definir os pilares principais para garantir a integração e o seu funcionamento. Também definiu o processo de transição futura para a moeda única, o euro (GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO DA UNIÃO EUROPEIA, 2017).

[2] Miguel Gorjão Henriques (2001, p. 45-46) explica os objetivos da União Europeia, com a configuração dada pelo Tratado de Maastricht, da seguinte forma: "Os seus objectivos, por outro lado, são objectivos do conjunto União-Comunidades (art. 2.º UE), só se justificando pela configuração política da União como guarda-chuva ou cobertura virtual de toda a construção europeia, a quem são, aliás, assinalados generosos propósitos de respeito e protecção por clássicos valores das sociedades modernas: o respeito pela identidade nacional dos Estados-Membros e pelos direitos fundamentais da pessoa humana, tal como assegurados pelo instrumento internacional comummente aceito por todos esses Estados, a CEDH (art. 6.º., n. os 3 e 2 UE)".

(GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO DA UNIÃO EUROPEIA, 2017).

Em fevereiro de 2003, o Tratado da União Europeia (versão Nice) estabelece em seu artigo 7.º um instrumento de "prevenção para os casos de risco claro de violação grave dos direitos fundamentais por um Estado-Membro, assim como um mecanismo de sanção em caso de violação grave e persistente de tais direitos por um Estado-Membro" (TAVARES, 2017).

No contexto da UE, os direitos fundamentais compreendem os direitos civis, políticos, econômicos e sociais reconhecidos a todas as pessoas sujeitas à jurisdição dos Estados-Membros. Eles emanam da Convenção Europeia de Direitos Humanos, da Carta Social Europeia, das tradições constitucionais dos Estados-Membros e dos tratados internacionais dos quais a UE e seus Estados-Membros são Parte, tendo sido codificados na CDFUE, em dezembro de 2000 (TAVARES, 2017), e adquirido força juridicamente vinculativa com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em dezembro de 2009.

A CDFUE prevê, em seu artigo 1.º, que a dignidade do ser humano é inviolável. Seu artigo 2.º garante o direito à vida, o artigo 3.º a integridade física e mental, o artigo 5.º proíbe o tráfico de seres humanos, o 6.º garante a liberdade e a segurança e o artigo 10º a liberdade de pensamento, de consciência e de religião (JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2000).

A política da UE para os direitos humanos ainda busca promover os direitos das mulheres, das crianças e das minorias deslocadas, zelar pelo respeito dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, além de defender "a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos no quadro de uma parceria plena e ativa com os países membros, as organizações internacionais e regionais e os grupos e associações a todos os níveis da sociedade" (EUROPA. EU, 2017).

Não desmerecendo a importância de todos os artigos mencionados acima, a matéria que motiva as discussões propostas neste estudo é regulada pelos artigos 18.º a 22.º da CDFUE. Para efetuá-la, é necessário trazê-los na íntegra, assim se poderá analisá-los diante do universo atual de violação pelos Estados-Membros da

UE, em parte em função de uma mentalidade eurocêntrica e xenófoba dos novos nacionalismos.

> *Artigo 18.º*
>
> ***Direito de asilo***
>
> *É garantido o direito de asilo, no quadro da convenção de Genebra de 28 de julho de 1951 e do Protocolo de 31 de janeiro de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados, e nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia.*
>
> *Artigo 19.º*
>
> ***Protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição***
>
> *São proibidas as expulsões coletivas.*
>
> *Ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes.*
>
> *Artigo 20º*
>
> ***Igualdade perante a lei***
>
> *Todas as pessoas são iguais perante a lei.*
>
> *Artigo 21º*
>
> ***Não discriminação***
>
> *É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.*
>
> *No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade (JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 2000).*

No texto, fica claro que a proteção dos direitos fundamentais é um princípio básico da UE e, após o Tratado de Lisboa, de 2009, a Carta passa a ter um valor vinculante e emenda o Tratado da União Europeia (TUE). Isso significa que o bloco europeu está definitivamente fundamentado no respeito à dignidade humana, na liberdade, na democracia, na igualdade, no Estado de direito e no respeito pelos direitos humanos, compreendendo, aqui, o direito de pessoas pertencentes às minorias.

Após o triunfo do Tratado de Lisboa – que propiciou a reformulação da UE, bem como a democratização e organização das políticas internas e externas – surgem novos desafios. Com a entrada massiva de imigrantes e a instabilidade econômica foi necessário elaborar novas diretrizes, que reverenciaram o universo da segurança, da liberdade e da justiça como os fatores relevantes da UE. Surge, então, o Programa de Estocolmo, o qual visa "uma Europa aberta e segura que serve e protege os cidadãos", que prevaleceu de 2010 a 2014 (EUR-LEX, 2010).

Com o crescente número de refugiados e a pressão de nacionalistas que responsabilizam o espaço Schengen[3] pela facilidade com que os migrantes e refugiados supostamente se locomoviam dentro do território europeu, tornou-se necessário reestruturá-lo. Para tanto desenvolveu-se o Regulamento de Dublin[4], que tem por finalidade regulamentar os pedidos de asilo nos países que faziam parte do referido espaço.

Na tentativa de solucionar o problema crescente da imigração, a UE estabelece um novo acordo com a Turquia, no qual fica definido que, a partir de março de 2016, todo refugiado que cruzar a fronteira turca com qualquer outro país europeu

[3] O Tratado ou Acordo de Schengen, assinado em 14 de junho de 1985, consiste em um acordo firmado entre a Alemanha, a Bélgica, a França, o Luxemburgo e os Países Baixos, o qual visava suprimir gradualmente os controles nas fronteiras internas e instaurar um regime de livre circulação para todos os cidadãos dos países signatários, de outros países da União Europeia ou de certos países não pertencentes ao grupo europeu. A Convenção de Schengen, assinada em 19 de junho de 1990, completa o acordo e define as condições e as garantias de criação de um espaço sem controle das fronteiras internas, entrou em vigor em 1995. Tanto o Acordo bem como a Convenção de Schengen, e os acordos e as regras conexos, constituem o "acervo de Schengen", que foi integrado no quadro da UE em 1999, passando a fazer parte da legislação da UE. Atualmente, o Espaço Schengen abrange 26 países europeus (22 dos quais são EstadosMembros da União Europeia): Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemanha, Estónia, Grécia, Espanha, França, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Hungria, Malta, Países Baixos, Áustria, Polónia, Portugal, Eslovénia, Eslováquia, Finlândia e Suécia, assim como a Islândia, o Listenstaine, a Noruega e a Suíça. Sua extensão compreende 42. 673 quilometros de fronteiras marítimas e 7.721 quilómetros de fronteiras terrestres (GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO DA UNIÃO EUROPEIA, 2017).

[4] O Regulamento de Dublin estabelece uma hierarquia de critérios para identificar o Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo na Europa. Este é predominantemente com base em laços familiares, seguido de responsabilidade atribuída com base no Estado através do qual o requerente de asilo entrou primeiro, ou do Estado responsável pela sua entrada no território dos Estados-Membros da UE, Noruega, Islândia, Liechtenstein e Suíça (GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO DA UNIÃO EUROPEIA, 2017).

dever ser enviado para a Turquia, em que será feita uma seleção para evitar a entrada de possíveis terroristas nos limites da UE. Aqueles que não conseguirem passar pela citada seleção deverão ser deportados. Pelo acordo a Turquia ainda deve tomar providências para evitar novas rotas de refugiados, enviar ajuda humanitária para a guerra na Síria e receber € 3 bilhões até 2018 da UE como forma de compensação de contrato e auxílio para tais medidas.

Reiterando seu compromisso com a promoção e proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de direito em todo mundo, a UE prioriza os direitos humanos em suas relações exteriores, inserindo cláusulas sobre a matéria em todos os seus acordos comerciais ou de cooperação com países que não fazem parte do espaço da UE.

A centralidade dos direitos humanos na integração europeia e os desafios lançados à sua proteção pelo mais recente fluxo migratório justificam voltar-se para os estudos sobre tais direitos e a dignidade da pessoa humana. Segundo os ensinamentos de Kant (1995, p. 71) o valor do ser humano não se estima e o mesmo não se substitui entendendo-se então que "[...] no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço não se permite equivalente, então ela tem dignidade".

Partindo desse princípio, todo ser humano é único, possui uma dignidade e não pode ser trocado por nada. Na sua individualidade ele representa o todo e o fim em si mesmo (KANT, 1995).

Nesse sentido, Fernandez (1991, p. 79) também elucida que:

> *[...] os direitos humanos têm seu fundamento antropológico na ideia de necessidades humanas. Seu reconhecimento, exercício e proteção desses direitos pretende satisfazer a uma série de exigências que se consideram necessárias para o desenvolvimento de uma vida digna.*

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, objetivou-se a expansão do cumprimento desses direitos em todos os Estados do globo. Contudo, as diferenças de costumes, culturas, religiões fizeram com que a universalização desses direitos encontrasse muitos obstáculos.

A globalização, a cooperação e interdependência, os benefícios tanto internos quanto externos que os Estados adquiriam com o estreitamento das suas relações teriam estimulado a integração e, consequentemente, a incorporação das normas relativas aos direitos humanos. Neste sentido, o bem maior, a capacidade moral de consciência alargada, dá-se "por dever", e não "pelo dever", de se garantir a existência de todos (KANT, 1995).

A implantação da Declaração dos Direitos Humanos não é algo fácil, pois a humanidade leva algum tempo para se transformar e modificar antigos costumes, a menos que passe por um momento traumático, como no caso das duas Grandes Guerras, em que a "totalidade normativa dos soberanos" teve que ser substituída por um "conjunto de direitos originais, expressão da liberdade e igualdade naturais entre os homens" (BARRETO, 2010, p. 08).

Na mesma linha de argumentação, Comparato (2001, p. 226) entende que:

> *A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi regida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2.ª Guerra Mundial. Retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens. A cristalização desses ideais em diretos efetivos, far-se-á progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos.*

O procedimento de generalização e efetivação dos direitos humanos no plano internacional originou o regime de Proteção Internacional da Pessoa Humana (DDHH), que, segundo Antonio Augusto Cançado Trindade, compreende três aspectos: o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito dos Refugiados, sendo no marco deste último que se discutiria a questão dos fluxos migratórios e o instituto de refúgio.

Historicamente, o que se tem deste processo é que ele teve início com a positivação dos direitos humanos e sua condução esteve diretamente subordinada ao cenário dos grandes conflitos ocorridos entre os Estados europeus no século XX. Sua projeção para o nível global contou com "as responsabilidades de contenção e interdição das violações que as sociedades europeias estavam

submetidas, mas, sobretudo, a garantia de direitos básicos e proteção" (SILVA; ALMEIDA, 2016, p. 3).

Considerando que o referido regime estava intimamente atado às necessidades da política interna da Europa, o mesmo se considerou internacional e propiciou a instalação de seus objetivos no nível mundial. Assim, alguns países se incumbiram de conduzir o regime de DDHH, se apoderando dos conteúdos das regras, princípios e normas que o orientaram, "projetando neste âmbito a índole eurocêntrica que já assinalava a política internacional à época e que propulsionaria a agenda de DDHH nas décadas seguintes" (SILVA; ALMEIDA, 2016, p. 3).

Em contrapartida, o cenário atual apresenta uma UE preocupada com a denominada "crise migratória", ocupando o lado oposto de seu passado, estabelecendo normas e tratados que regulem e limitem os fluxos migratórios de pessoas oriundas, principalmente, do Oriente Médio e do continente africano, com a justificativa de proteção de seu território contra o terrorismo, tentando institucionalizar uma política migratória comum[5].

Dentre as medidas adotadas pela UE para conter o que se denomina o maior deslocamento de pessoas em massa desde a 2.ª Guerra Mundial, divulgada em meios oficiais da Europa, encontram-se: a tentativa de resolução das causas profundas da crise; o aumento da ajuda às pessoas necessitadas de assistência humanitária, tanto no interior como no exterior da UE; a recolocação dos solicitantes de asilo que já se encontram na UE, a reinstalação das pessoas necessitadas de países vizinhos e o regresso das pessoas que não possuem as condições de se beneficiar com o asilo; o reforço das fronteiras através de guardas costeira e fronteira que lutam contra o tráfico de pessoas e proporciona formas de assegurar a entrada legal na UE (EUROPA.EU, 2016).

O discurso protecionista, voltado para a garantia da segurança à integridade nacional e social, tem continuidade na contínua celebração pela UE de tratados e

[5] Independentemente do uso do termo "política migratória da União Europeia", observa-se que a UE propriamente dita não possui a prerrogativa de desfrutar de uma política coletiva e uníssona, ou seja, atualmente nota-se uma forte fragmentação entre os Estados-Membros e uma ausência de consenso no que se refere tanto à entrada e saída de imigrantes quanto à manutenção da integração migratória (BALDACCINI, 2010).

acordos que vão de encontro com os princípios básicos da sua Carta dos Direitos Fundamentais e com as diretrizes do regime de DDHH. Os refugiados que chegam às suas fronteiras não raro encontram ambientes hostis e degradantes, além da ameaça de deportação para as áreas de conflito, das quais se evadiram.

Cabe ressaltar que a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, em seu artigo 33, dispõe:

> *Art. 33 - Proibição de expulsão ou de rechaço*
>
> *1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.*
>
> *2. O benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país (ACNUR.ORG, 1951).*

O princípio referido supra mostra que a deportação daqueles que chegam à Europa em busca de asilo ou refúgio representa uma violação dos direitos do ser humano consagrado pelo direito internacional, baseado na jurisprudência das Cortes Internacionais e principalmente da corte Europeia de DDHH, e presente ainda no artigo 19.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, já citado.

É incisiva a posição do regime de DDHH ao exigir o compromisso dos Estados com a não extradição de pessoas para um território no qual esteja exposto a substanciais riscos, não dependendo do seu status de refugiado ser de *jure* ou de *facto*, para tanto realiza constantes Assembleias Gerais através da Organização das Nações Unidas (ONU), com o intuito de responsabilizar e exortar os Estados signatários a não descumprirem o referido artigo e a garantirem o direito do ser humano em ter uma vida digna (EUROPA.EU, 2016).

Considerando o impacto do sofrimento das populações europeias sobretudo durante a 2.ª Guerra Mundial – que promoveu o realinhamento dos ideais humanitários e a consagração da dignidade do ser humano em diplomas internacionais –, torna-se um contrassenso a atitude de alguns Europeus que se recusam a dar apoio a indivíduos que tudo perderam, incluindo a sua dignidade.

3. O eurocentrismo e os novos nacionalistas

Como já observado na seção anterior, o eurocentrismo[6], para os direitos humanos, está alicerçado nos conflitos vivenciados pelos Estados europeus ao longo do século XX e serve como cenário para o regime do DDHH. No entanto, a oposição entre a formação eurocêntrica do regime do DDHH (com suas mais altas pretensões de resguardar a figura humana do sofrimento) e as tendências restritivas da política migratória da UE confirma que sob a lógica eurocêntrica não é possível entender esta tensão.

Se, de um lado, existem pessoas que necessitam do regime do DDHH e buscam um lugar seguro dentro da UE, de outro lado, existe uma população insegura com o aumento da imigração e dos atentados terroristas, principalmente no que se refere à comunidade muçulmana, que se opõe a diversos costumes ocidentais. Estes fenômenos e grupos são tidos como um risco à identidade cultural da Europa. Além disso, o aumento da criminalidade geralmente é atribuído ao aumento do número de imigrantes no país.

Neste cenário, surge o novo nacionalismo[7] – ou agrupamentos de pessoas com

---

[6] Atualmente, o eurocentrismo é caracterizado como um etnocentrismo singular, compreendido como uma ideologia, um paradigma ou um discurso. Shohat & Stam (1997) analisam o eurocentrismo em sua manifestação no senso comum, nos meios de comunicação de massa, nas instituições, etc. Já Young (1990) e Dussel (1993) o analisam como uma ideologia, ou um paradigma que possui um caráter eurocêntrico do pensamento erudito europeu-ocidental, em sua filosofia, teoria social, etc. Contudo, todos concordam que o eurocentrismo é a expressão de uma dominação objetiva dos povos europeus ocidentais no mundo. Neste contexto, Samir Amin (1994) define o eurocentrismo como a doutrina universalizada de que o modelo de desenvolvimento europeu-ocidental seja uma fatalidade (desejável) para todas as sociedades e nações. Sua genealogia deveria ser buscada no Renascimento, reportando à gênese do capitalismo como sistema mundial.

[7] Segundo De Ventós (1994 *apud* BRANCO, 2009, p. 4), o movimento nacionalista possui quatro tipos de fatores geradores, a saber: "- *Os primários*, dizem respeito aos que são constituídos pelas tradições, comunidade de sangue, raça e etnia, língua, território, culto religioso e cultura; - *Os inductores* ou geradores da modernidade nacional são os que resultam do estabelecimento de uma rede nacional de comunicações, de mercados ou cidades, da divisão do trabalho e de uma economia monetária, da contabilidade pública, da revolução científica e técnica, a partir do século XVI, da mobilidade social e da secularização dos costumes, isto é, factores que terminaram com a ordem feudal; - *Os induzidos ou produzidos*, pela modernização estatal, são os utilizados pelo poder central visando a unificação do território, a uniformização dos indivíduos perante a lei e a transformação da interdependência dos

interesses econômicos e valores conservadores que divergem do padrão dominante. Eles são representados por partidos políticos de extrema direita, cuja oratória se concentra na antiglobalização, no fim da UE, no fim da livre circulação, na negação dos direitos de pessoas LGBT, na legalização da pena de morte, na incompatibilidade da cultura europeia com a cultura muçulmana, sendo esta intolerância estendida a todos os povos que não sejam europeus (TOUBEAU, 2016).

Os novos nacionalistas pregam a intolerância e a xenofobia e se organizam politicamente em fascistas e neonazistas. Eles vêm ganhando espaço político na UE, principalmente na Hungria, Alemanha, Áustria, Suécia, Grécia, França, Itália e Irlanda. Segundo Luiz Ruffato, colunista do jornal espanhol EL PAIS:

> *É curioso, porque justamente a Alemanha, o Império Austro-Húngaro, a Itália, a Irlanda e a Suécia despejaram, no século XIX, milhões de camponeses esfomeados para fora de suas fronteiras, o que provocou um reequilíbrio demográfico, possibilitando o reerguimento econômico no século seguinte. Esses que deveriam ser os primeiros a abrir as portas para os estrangeiros, veem em uma dimensão cada vez mais larga e crescer o preconceito étnico e religiosos (RUFFATO, 2015, p. 2).*

Diante de tantos problemas enfrentados atualmente pela UE, alguns eleitores tornaram-se mais eurocéticos, culpando as instituições europeias pelas privações e austeridade, pelo desemprego e insegurança no trabalho, bem como pela explosão migratória oriunda de regiões em guerra e facilmente associada ao terrorismo. O cientista político da University of Nottingham, Simon Toubeau. observa que:

> *O euroceticismo é encontrado nos extremos do aspecto político. À esquerda, os eleitores e os partidos veem a UE como um enredo neoliberal. Ela existe apenas para servir às grandes empresas que fazem lobby em Bruxelas para uma legislação favorável.*
>
> *Para a direita, a UE é uma gigante burocrática que impõe a regulamentação excessiva e ameaça as identidades nacionais antigas, incentivando a migração laboral. Quando esses dois pontos de vista se fundem, como acontece na base política do Partido da Independência do Reino Unido (UKIP), eles são fortemente tóxicos (TOUBEAU, 2016, p. 2).*

---

mesmos numa nova forma de identidade nacional, isto é, quando utilizados já como uma superestrutura orientada para a nacionalização do território; - *Os reactivos* são os produzidos pela integridade do estado nacional, quando este se sobrepõe a um país, que ainda não ultrapassou o estádio apontado pelos factores inductores ou geradores, assim como um grupo ou minoria que não tenha podido ou desejado integrar-se nele, isto é, os que configuram a síndrome de repulsa, o efeito de boomerang, os reflexos defensivos das sociedades tradicionais face à modernização planificada".

Como exemplo dessa divisão de opiniões cita-se a atitude de dois líderes adversários, que, diante da crise de refugiados, posicionaram-se de maneiras opostas. A chanceler alemã Angela Merkel contribuiu com € 13 bilhões para um programa federal cuja finalidade era acolher 80 mil exilados políticos na Alemanha até 2016. Na opinião do cientista político e jornalista Gianni Carta (2015, p. 1), a atitude da chanceler alemã:

> *[...] mostra o caminho humanitário das pedras à maioria dos países a compor a União Europeia, os quais com raras exceções como a Suécia e a Itália, aceitam as cotas de refugiados estabelecidas pela União Europeia. Vale exprimir: a Europa é o continente mais rico e estável do mundo, graças, em grande parte, às suas intervenções colonialistas nos países dos refugiados, que agora pedem ajuda para sobreviver (grifo do autor).*

Por outro lado, se encontra o *premier* Húngaro Viktor Orbán, líder da Federação de Jovens Democratas, defensor contra a suposta invasão de muçulmanos na Europa. Ele culpa a UE e, principalmente, a Alemanha, por ter aderido à formulação de quotas para imigrantes, alegando que, com essa atitude, mais imigrantes são atraídos para a UE (CARTA, 2015).

> *A proposta é clara, reforça a narrativa xenofóbica a reinar na Hungria. Reeleito com vasta maioria em 2010 e 2014, Orbán mandou erguer uma barreira de arame farpado de 175 quilômetros para cobrir em toda a sua extensão a fronteira da Hungria com a Sérvia. Orbán a designa como a fronteira da Otan. Objetivo: proteger a Europa dos muçulmanos. Ele é também antissemita. Ironicamente, os refugiados que passam a barreira de arame farpado, simbólica, pois facilmente penetrável, não podem tomar trens, já por eles pagos, para Viena, rumo à Alemanha, a suposta terra prometida (CARTA, 2015, p. 2).*

O *premier* considera os muçulmanos de origem Síria e de outros países no Norte da África e dos Bálcãs como potenciais terroristas, que são financiados pela esquerda europeia e por multinacionais interessadas em mão de obra barata. Afirma que a Hungria não adota o neoliberalismo, nem o multiculturalismo, e cria medidas preventivas contra imigrantes, tais como: a polícia fronteiriça, nos moldes das forças militares da 2.ª Guerra, que eram caçadores de fronteiras; a incriminação de pessoas que cruzarem a fronteira húngara sem permissão, com pena de três anos de prisão; a proibição aos húngaros de dar abrigo a refugiados, entre outras (CARTA, 2015).

Com essas atitudes o *premier* contraria as diretivas dos direitos de Genebra e os artigos, elencados neste estudo, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, fazendo um discurso nacionalista, manipulando a legislação europeia, instigando a xenofobia e a violência contras os imigrantes, e negando o multiculturalismo.

Habermas (2015 *apud* WELLE, 2015, p. 1), ao analisar a situação do atual fluxo migratório, faz a seguinte consideração: "o direito de asilo é um direito humano" e qualquer pessoa pode pleiteá-lo. Nesse processo ela deve ser tratada de forma justa e digna, sendo "acolhida com todas as consequências deste ato, representando uma resposta fundamental, mas que particularmente não é interessante para a situação que vivemos".

Segundo Mutua (2008, p. 10), a movimentação dos direitos humanos é assinalada por uma comparação própria, que mantém um paralelo a grande narrativa histórica dos direitos humanos, a qual retrata uma relação entre violadores, vítimas e salvadores. A representação tridimensional do corpus dos direitos humanos e de seu discurso revelar-se-ia unidimensional e previsível, no sentido de que o que é considerado "bom" contra o que considerado "mal".

Neste contexto, está a difundir-se entre os Europeus (sobretudo de leste) uma cultura de violação dos direitos humanos – no sentido de que a "má cultura" não permite o desenvolvimento da "boa cultura" e instala uma cultura de violação (MUTUA, 2008, p. 10). Um exemplo recente do que Mutua pondera é o caso da cinegrafista húngara Petra Lászlö, flagrada chutando e derrubando refugiados sírios na fronteira com a Sérvia. Apesar de ser mulher, estar trabalhando e pertencer a EU – estando, portanto, vinculada pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia –, Lászlö é uma cidadã húngara. A Hungria, além de ser comandada pelo *premier* Viktor Orbán, tem a maioria das cadeiras do Parlamento ocupadas por partidos de direita e extrema-direita, cujo discurso tem sido de total intolerância e xenofobia.

Outro exemplo seria o discurso acirrado contra a influência religiosa e o islamismo, como se os refugiados fossem mudar as bases religiosas da UE. Sobre o assunto, Habermas pondera que,

> *Basicamente, não se trata de conflitos religiosos, mas de conflitos políticos definido pela religião. O fundamentalismo religioso é a reação aos fenômenos do desenraiza-*

> *mento, que foram induzidos somente a partir da modernidade por meio do colonialismo e de políticas pós-coloniais. Por conseguinte, é um pouco ingênuo dizer que se trata de conflitos religiosos (HABERMAS, 2015 apud WELLE, 2015, p. 2).*

4. Conclusão

A União Europeia, enquanto "União de direito" (ou vinculada ao direito), respeita os direitos humanos e a diferença cultural. No caso dos refugiados, ela tomou, para tanto, várias medidas: assistência humanitária inclusivamente aos refugiados fora de seus limites territoriais (Turquia, Líbano, Jordânia e Iraque), programas de recolocação, reinstalação e regresso, etc.

Contudo, parte da opinião pública dos Estados-Membros da UE não apoia tais iniciativas. Muitas vezes apresentam um sentimento de aversão ao imigrante e cobram das autoridades administrativas políticas mais restritivas e severas em relação à entrada e circulação de pessoas dentro do espaço europeu.

O bloco vem vivenciando, assim, vários conflitos internos e externos que sinalizam a sua dificuldade em homogeneizar o tratamento aos imigrantes, estabilizar a economia e proteger a União Europeia do terrorismo, que a cada dia avança suas fronteiras e faz novas vítimas. A associação dos imigrantes ao terrorismo, o aumento da violência quotidiana, a alta concorrência no mercado de trabalho e o rebaixamento do nível salarial geram uma instabilidade econômica que oferece condições para o discurso do extremismo, da xenofobia, da islamofobia, do radicalismo político e do neonazismo através da reafirmação da identidade europeia.

A grande questão abordada neste artigo é o descumprimento dos preceitos concebidos para a proteção e efetivação dos direitos humanos a nível global. Se, por um lado, cumpre às políticas públicas e autoridades europeias dar proteção judicial aos direitos humanos no espaço da UE, por outro, cumpre à sociedade repelir discursos extremistas que levem à negação daqueles direitos.

Referências

ACNUR.ORG. *Convenção relativa ao estatuo dos refugiados*. 1951. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf . Acesso em: 14 abr. 2017.

AMIN, Samir. *Eurocentrismo: crítica de uma ideologia*. Lisboa: Dinossauro, 1994.

BALDACCINI, Anneliese. *The EU directive on return: principles and protest*. Refugee Survey Quartely, v. 28, n. 4, 2010, p. 114-138.

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRANCO, Alberto Manuel Vara. O nacionalismo nos séculos XVIII, XIX e XX: o princípio construtivo da modernidade numa perspectiva histórico – filosófica e ideológica. *Millenium Journal of Education, Technologies and Health, Viseu*, 36 (14), 2009. Disponível em: http://www.ipv.pt/millenium/Millenium36/7.pdf . Acesso em: 15 arb. 2017.

CARTA, Gianni. A Europa entre o oportunismo e a xenofobia. *Carta Capital*. 2015. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/revista/867/a-europa-entre-o-oportunismo-e-a-xenofobia-5477.html . Acesso em: 14 abr. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUSSEL, Enrique. *1492: O encobrimento do outro*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

EUR-LEX. *Programa de Estocolmo*. 2010. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:jl0034 . Acesso em: 12 abr. 2017.

EUROPA.EU. *União Europeia: direitos humanos*. 2017. Disponível em: https://europa.eu/european-union/topics/human-rights_pt . Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. *A crise dos refugiados*. 2016. Disponível em: http://publications.europa.eu/webpub/com/factsheets/refugee-crisis/pt/ . Acesso em: 15 abr. 2017.

FERNANDEZ, Eusébio. *Teoria de la justicia e derechos humanos*. Madri: Editorial Debate, 1991.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO UNIÃO EUROPEIA. *O sistema europeu*. 2017. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/2_2/IIPAG2_2_3.htm . Acesso em: 15 abr. 2017.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito comunitário – sumários desenvolvidos*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2000. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/text-pt.pdf . Acesso em: 12 abr. 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Portugal: Porto Editora, 1995.

MUTUA, Makau. *Human rights a political and cultural critique*. EUA: University of Pennsylvania Press, 2008.

PIMENTEL, Irene Flunser. *"Em torno do nacionalismo". «História»* (Nova série). Lisboa, Edipress/Projornal. 2, 1994.

RUFFATO, Luiz. Imigração e xenofobia: Brasil, país de diversidade, acompanha horrorizado as manifestações de xenofobia contra os médicos cubanos, senegaleses e haitianos. *El País*. 2015. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2015/09/09/opinion/1441811691_233922.html . Acesso em: 13 abr. 2017.

SHOHAT, Ella; STAM, Robert. *Unthinking eurocentrism: multiculturalism and the media*. London: Routledge, 1997.

SILVA, Karine de Souza; ALMEIDA, Mariana M. *O acordo entre União Europeia e Turquia para migrações:* uma análise de seus reflexos para o regime internacional de direitos humanos. 3.º Seminário de Relações Internacionais – Repensando interesses e desafios para a inserção internacional do Brasil no século XXI. Florianópolis, 2016. Disponível em: http://www.seminario2016.abri.org.br/resources/anais/23/1474662722_ARQUIVO_ArtigoABRI-MarianaMAlmeidaeKarineSSilva.pdf . Acesso em: 14 abr.2017.

SMITH, Anthony. *National identity*. London, Penguin books, 1991.

TAVARES, Raquel. *O sistema europeu: União Europeia*. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/2_2/IIPAG2_2_3.htm . Acesso em: 13 abr. 2017.

THEIMER, Walter. *História das ideias políticas*. Lisboa, Círculo dos Leitores, 1977.

TOUBEAU, Simon. *O novo nacionalismo veio para ficar*: O que temos assistido com a ascensão do euroceticismo é à explosão de uma forma robusta do nacionalismo populista. 2016. Disponível em: http://oglobo.globo.com/mundo/artigo-novo-nacionalismo-veio-para-ficar-19586027 . Acesso em: 13 abr. 2017.

WELLE, Deutsche. Entrevista – Jurgen Habermas. Direito de asilo é direito humano. *Carta Capital*. 2015. Disponível em: https://www.cartacapital.com.br/internacional/direito-de-asilo-e-direito-humano-diz-habermas-4676.html . Acesso em: 15 abr. 2017.

YOUNG, Robert. *White mythologies: writing history and the West*. London; New York: Routledge, 1990.

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR