

**TEMAS DE INVESTIGAÇÃO
EM DIREITOS HUMANOS
PARA O SÉCULO XXI**

FICHA TÉCNICA

TÍTULO DA PUBLICAÇÃO

Temas de Investigação em Direitos Humanos para o Século XXI

Edição Comemorativa do 10.º Aniversário do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho

AUTORES

Patrícia Jerónimo (org.)

Alessandra Silveira, Ana Rita Carneiro, Andreia Sofia Pinto Oliveira, Benedita Mac Crorie, Fernando Conde Monteiro, Flávia Piovesan, Giuseppe Tosi, Isabel Celeste M. Fonseca, Jean-Yves Durand, Jeison B. de Almeida, João Cardoso Rosas, Luciana Sousa Santos, Luísa Neto, Manuela Ivone P. da Cunha, Maria de Assunção do Vale Pereira, Maria do Céu Pinto Arena, Maria Leonor Machado Esteves, Maria Raquel Freire, Mário Ferreira Monte, Nuno Manuel Pinto Oliveira, Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, Rita Barros, Rita Sousa Costa, Rui André Gonçalves Garrido, Rute Baptista, Sayuri Fujishima, Teresa Coelho Moreira, Wladimir Brito

EDITOR

Direitos Humanos – Centro de Investigação Interdisciplinar
Escola de Direito da Universidade do Minho

DESIGN DE CAPA

Pedro Rito

EXECUÇÃO GRÁFICA

Graficamares

DEPÓSITO LEGAL

418883/16

ISBN

978-989-97492-3-8

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou qualquer outro processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

ÍNDICE

**Interconstitucionalidade e não discriminação em razão da nacionalidade:
Análise crítica da recente jurisprudência do TC português**

Alessandra Silveira

1

Reflexões sobre o direito de asilo na Europa

Andreia Sofia Pinto Oliveira

21

**A dádiva de sangue por homens que têm relações sexuais com homens
na ordem jurídica portuguesa**

Benedita Mac Crorie e Rita Sousa Costa

35

Aleatoriedade e direito

Fernando Conde Monteiro

49

**Proteção dos direitos sociais: Desafios dos sistemas global,
regional e sul americano**

Flávia Piovesan

59

Justiça de transição no Brasil: O que resta da ditadura?

Giuseppe Tosi

97

**A proteção jurisdicional (in)certa de direitos fundamentais através
da intimação urgente: Um (*des*) concerto a várias mãos**

Isabel Celeste M. Fonseca, Luciana Sousa Santos, Rita Barros

e Ana Rita Carneiro

123

**Humanização do Direito Internacional: Fundamento histórico
e fundamento teórico da subjetividade internacional do indivíduo**

Jeison B. de Almeida

141

O cosmopolitismo de um mundo estadocêntrico

João Cardoso Rosas

155

Democratic standards for education

Luísa Neto

167

**Vocabulário elementar da diferença e desigualdade:
Conceitos e problemas nas ciências sociais**

Manuela Ivone P. da Cunha e Jean-Yves Durand

179

A relevância dos conceitos no Direito Internacional

Maria de Assunção do Vale Pereira

197

Uma visão crítica do *peacebuilding* das Nações Unidas

Maria do Céu Pinto Arena

215

**Mecanismos de protecção dos direitos humanos na Região Ásia Pacífico:
Em especial, na República Popular da China**

Maria Leonor Machado Esteves

231

Prevenção de conflitos violentos e manutenção da paz:

Um mapeamento breve

Maria Raquel Freire

261

O resgate político-penal da vítima (mulher) em matéria de direitos humanos: Considerações em torno da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011, e da Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto

Mário Ferreira Monte

275

Em tema de aborto: Crítica da distinção categorial entre a vida humana nascida e a vida humana (ainda) não nascida

Nuno Manuel Pinto Oliveira

289

Direitos humanos e diferença cultural na prática dos tribunais

Patrícia Jerónimo

303

Mudar de rumo

Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos

329

**O sistema africano dos direitos humanos em transformação?
A criação do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos
e os desafios à proteção dos direitos humanos em África**

Rui André Gonçalves Garrido

331

Os direitos das mulheres em Marrocos após a “Primavera Árabe”

Rute Baptista

345

**O Projeto da Convenção Nórdica *Sami* e a autodeterminação
dos povos indígenas**

Sayuri Fujishima

359

Algumas questões sobre Trabalho 4.0 e privacidade dos trabalhadores

Teresa Coelho Moreira

369

**A protecção dos prisioneiros de guerra no Direito Internacional
Humanitário**

Wladimir Brito

381

APRESENTAÇÃO

Temas de Investigação em Direitos Humanos para o Século XXI

Este livro é uma celebração do ensino e da investigação em direitos humanos que têm vindo a ser desenvolvidos, na Escola de Direito da Universidade do Minho, há já mais de uma década. A sua publicação num momento em que se avolumam os riscos para valores fundamentais subjacentes à proteção dos direitos humanos – como a igualdade e a não discriminação, a proibição da escravatura e de tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, a liberdade de religião ou crença, entre muitos outros –, torna-o especialmente oportuno. Os sinais de aparente retrocesso no consenso das nossas sociedades a respeito desses valores – visíveis no triunfo político de discursos abertamente racistas, xenófobos, sexistas, *etc.* – recordam-nos que, também no mundo ocidental, os direitos humanos são um *work in progress*, não um dado adquirido. Os novos riscos para a dignidade da pessoa humana associados aos avanços tecnológicos andam de par com velhas formas de subalternização e de opressão. O campo para a reflexão crítica é muito vasto.

Os temas que hoje (pre)ocupam académicos, decisores políticos e ativistas de direitos humanos são também aqueles que estruturam o plano de estudos do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho. Incluem a reflexão sobre *i)* o significado político e jurídico da conclusão de tratados internacionais de direitos humanos – de âmbito global e/ou regional – e as limitações observáveis na atuação dos mecanismos de supervisão do cumprimento desses tratados pelos Estados e demais atores internacionais; *ii)* os sistemas estaduais de proteção dos direitos fundamentais e a sua articulação com os padrões e mecanismos de supervisão instituídos no plano internacional, nomeadamente através do diálogo entre tribunais estaduais e supraestaduais; *iii)* a resposta jurídica e política às pressões migratórias e à recente “crise de refugiados” e os meios de salvaguardar os direitos humanos dos migrantes; *iv)* as tensões entre igualdade e diferença cultural, em sociedades crescentemente plurais; *v)* a interseção entre o discurso (e a prática) dos direitos humanos e a Bioética; *vi)* a ambivalência da ação internacional nos domínios da prevenção de conflitos e manutenção da paz e da promoção da democracia e da “boa governação”; e *vii)* os novos desafios postos ao Direito Internacional Humanitário, pelas constantes inovações na “arte da guerra” e as ameaças que daí decorrem para as populações civis.

Todos estes temas surgem ao longo do presente livro, que reúne contributos de muitos dos membros da comunidade científica e académica que o Mestrado em Direitos Humanos mobilizou e ajudou a dinamizar ao longo da última década, entre docentes do Mestrado, colaboradores em júris de provas públicas e/ou na orientação de mestrandos, oradores convidados e estudantes. Os textos aqui reunidos refletem bem as sinergias interdisciplinares, interinstitucionais e inter-nacionais que o Mestrado em Direitos Humanos foi capaz de criar, não apenas pela variedade de campos disciplinares representados – Direito, Filosofia, Relações Internacionais, Antropologia –, mas também pela participação de autores que são docentes e/ou investigadores em diversas instituições nacionais e estrangeiras, como a Faculdade de Direito da Universidade do Porto, a Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, a Universidade Federal da Paraíba e a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. É também motivo de grande satisfação o facto de este livro incluir textos de Mestres em Direitos Humanos, formados na Universidade do Minho, que prosseguiram uma carreira académica na área e que desempenham funções docentes em diferentes universidades.

Nesta edição comemorativa do aniversário do Mestrado em Direitos Humanos, impõe-se que agradeçamos e prestemos a justa homenagem aos colegas que assumiram a Direção do Mestrado antes de nós – Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, Wladimir Brito e Andreia Sofia Pinto Oliveira –, bem como a todos os que integraram as sucessivas Comissões Diretivas do Mestrado – Alessandra Silveira, Clara Calheiros, João Cardoso Rosas, Mário Monte e, enquanto membros externos, Catarina Albuquerque e Raquel Vaz-Pinto. A todos, um bem hajam pelo trabalho desenvolvido e que muito nos honra continuar.

Agradecimentos são também devidos às nossas colegas na Comissão Diretiva do Mestrado – Benedita Mac Crorie e Maria de Assunção do Vale Pereira –, pela dedicação incansável a este projeto, e aos membros da Comissão Científica de Acompanhamento do Mestrado em Direitos Humanos – Holger Hestermeyer, do King's College de Londres, Maria Cardeira da Silva, da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, e Paulo Pinto de Albuquerque, juiz no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem –, que nos estão a ajudar a pensar em formas de melhorar o funcionamento do Curso e a sua interação com a comunidade científica mais vasta e com a sociedade em geral.

Importa ainda referir e agradecer o apoio que o Mestrado em Direitos Humanos sempre recebeu da parte da Presidência da Escola de Direito, a quem agradecemos na pessoa da nossa colega Clara Calheiros. A atual Presidência da Escola de Direito merece especial menção pelo apoio financeiro e logístico prestado às várias iniciativas desenvolvidas, no quadro das comemorações do aniversário do Mestrado em Direitos Humanos, ao longo do último ano, incluindo o financiamento da publicação deste livro. Agradecimentos são também devidos ao Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-

-CII), que sempre manteve estreitas relações de colaboração com o Mestrado, através de iniciativas conjuntas, da disponibilização de recursos bibliográficos e da integração dos mestrandos nas suas equipas de investigadores.

Antes de terminarmos esta apresentação, cumpre-nos explicar os critérios editoriais adotados no presente livro. Apesar de o livro reunir contributos oriundos de diferentes campos disciplinares, com as suas regras de estilo próprias, optámos por uniformizar o modo de citação, para garantir a coerência gráfica da obra. Razões de coerência gráfica determinaram também algumas pontuais alterações quanto ao tipo de letra, parágrafo, uso de itálicos e negrito. Em contrapartida, respeitámos as preferências dos autores quanto ao idioma e ao regime ortográfico seguidos.

As últimas palavras são ainda de agradecimento. A todos os autores que acederam ao nosso convite para participar nesta edição comemorativa do décimo aniversário do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho. E aos nossos estudantes, pelo entusiasmo com que abraçam a reflexão sobre os direitos humanos e pelo estímulo que representam a que façamos um trabalho (de docência e de investigação) sempre melhor. O tema merece-o, sem sombra de dúvida.

Braga, 11 de novembro de 2016

Patrícia Jerónimo

Diretora do Mestrado em Direitos Humanos

INTERCONSTITUCIONALIDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA NACIONALIDADE

ANÁLISE CRÍTICA DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO TC PORTUGUÊS

Alessandra Silveira¹

1. Interconstitucionalidade e interpretação conforme aos direitos fundamentais

Como explica Gomes Canotilho, a teoria da interconstitucionalidade enfrenta o intrincado problema da articulação entre normas constitucionais e da afirmação de poderes constituintes e legitimidades diversas a partir de uma perspetiva amiga do pluralismo de ordenamentos e de normatividades². Tal teoria se ocupa do fenómeno da pluralidade de fontes constitucionais (e reivindicações de autoridade constitucional) e das tentativas judiciais de as acomodar num contexto jurídico-constitucional não hierarquicamente estruturado. Por isso o mote a referida teoria foi originariamente fornecido pelos riscos de conflito/disputa [sobretudo entre o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e os tribunais constitucionais dos Estados-Membros] pela última instância decisória em matéria jurídica-constitucional no espaço da União Europeia (UE)³. Neste sentido,

¹ Professora Associada da Escola de Direito da Universidade do Minho. Titular da Cátedra Jean Monnet em Direito da União Europeia.

² Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, “*Brançosos*” e *Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 268.

³ Cf. MIGUEL POIARES MADURO, “Constitutional pluralism as the theory of European constitutionalism”, in Fernando Alves Correia, Jónatas Machado e João Loureiro (coords.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 451.

o discurso da interconstitucionalidade busca promover o entrelaçamento/interação reflexiva entre normas constitucionais de distintas fontes, solucionando as disputas sem a imposição *top down* na relação entre elas – sempre no pressuposto de que não há (nem deve haver) uma última instância decisória em matéria jurídico-constitucional na UE (onde, de resto, tudo se deve resolver em termos de competência, não em termos de hierarquia).

A regra metódico-interpretativa prevalecente num contexto de pluralismo constitucional é a da tendencial correspondência (ou a da presunção de correspondência) quanto à proteção de direitos consagrados num sistema dito “multinível”⁴. Mas aquela presunção não exclui as diferenças porventura resultantes quer do enunciado normativo dos textos quer da interpretação/aplicação que a estes enunciados tem sido atribuída pelas diferentes instâncias jurisdicionais das várias componentes do sistema. Por isso a norma constante do artigo 53.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) – que dispõe sobre o nível de proteção mais elevado – transporta um importante princípio interpretativo das normas de direitos fundamentais, pois implica a assunção, por parte dos vários guardiães dos direitos fundamentais no espaço europeu – em especial o TJUE e os tribunais (constitucionais) nacionais –, da necessidade de operar uma verdadeira integração através dos direitos⁵.

Assim, no âmbito dos litígios regidos pelo direito da União, o TJUE e os tribunais nacionais deverão ter em conta, no processo de interpretação das disposições jusfundamentais relevantes, os direitos dos outros ordenamentos mobilizáveis – e sobretudo as diferentes formulações do mesmo direito fundamental existentes. No fundo, como explica Mariana Canotilho, há uma obrigação de interpretação conforme aos direitos fundamentais, o que implica que, de entre os vários sentidos possíveis de uma disposição, o intérprete escolha aquele que confira um nível mais elevado de proteção do direito e/ou que melhor se compatibilize com as disposições normativas análogas de outros ordenamentos jurídicos⁶. Ora, num sistema de pluralismo constitucional, as ordens jurídicas envolvidas não se podem ignorar umas às outras e decidir, unilateralmente, sobre dimensões materiais que a todas afetam.

Por isso se diz que a proteção jusfundamental no contexto da UE depende da assimilação, sobretudo pelos operadores judiciários dos distintos Estados-Membros, de que num contexto de interconstitucionalidade não basta

⁴ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, “Estado de direito e internormatividade”, in Alessandra Silveira (coord.), *Direito da União Europeia e Transnacionalidade*, Jean Monnet Action (Information and Research Activities), Lisboa, Quid juris, 2010, p. 182.

⁵ Cf. MARIANA CANOTILHO, “Comentário ao artigo 53.º da CDFUE”, in Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 610.

⁶ *Idem, ibidem*.

solucionar o problema de direitos fundamentais à luz da Constituição nacional, pois o problema agora diz respeito a todos os cidadãos da União – que podem beneficiar, por via do precedente vinculativo do TJUE, de uma proteção jusfundamental mais elevada, bastando invocar o acórdão em que tal proteção foi reconhecida e acolhida. Neste pressuposto, o presente texto procura testar a recente jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC) português na qual, pese embora algumas vozes discordantes, não vingou a tal perspectiva amiga do pluralismo de ordenamentos e de normatividades de que falava Gomes Canotilho. A primeira situação diz respeito à fiscalização abstrata da constitucionalidade de normas que disciplinam o rendimento social de inserção. A segunda situação envolve a fiscalização concreta da constitucionalidade de normas relacionadas com a responsabilidade do Estado por exercício da função jurisdicional.

2. Rendimento social de inserção e o fantasma do turismo social

No acórdão n.º 141/2015⁷, o TC foi confrontado, a pedido do Provedor de Justiça, com a questão de saber se o legislador português, ao disciplinar o regime jurídico do rendimento social de inserção, poderia estabelecer como requisito o período mínimo de um ano de residência legal em Portugal para que os cidadãos portugueses pudessem aceder àquela prestação. O TC declararia então a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes do artigo 6.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 4, da Lei n.º 13/2003⁸, na parte em que exige a cidadãos portugueses, bem como aos membros do seu agregado familiar, o preenchimento de um período mínimo de um ano de residência legal em Portugal para que acedam ao rendimento social de inserção, por violação do princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

Ocorre que a disposição então declarada inconstitucional previa a mesma exigência de um ano para que os nacionais de Estados-Membros da UE que residam em Portugal pudessem aceder ao rendimento social de inserção – tendo

⁷ Acórdão (TC) n.º 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. n.º 136/14.

⁸ O atual regime jurídico do Rendimento Social de Inserção foi instituído pela Lei n.º 13/2003, de 21 de maio, e alterado pela Lei n.º 45/2005, de 29 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16 de junho, e, por último, de forma mais extensa, pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27 de junho. Nos termos do artigo 1.º da Lei n.º 13/2003, o rendimento social de inserção assegura recursos que contribuam para a satisfação de necessidades mínimas e para o favorecimento de uma progressiva inserção social, laboral e comunitária. Trata-se de uma medida destinada a apoiar pessoas em situação de grave carência económica, sendo constituída por uma prestação em dinheiro para satisfação das necessidades básicas (artigo 2.º) e por um contrato de inserção cujo propósito é a integração social e profissional do beneficiário [artigo 6.º, n.º 1, alíneas *f*) e *g*].

em conta, conforme explicou o Governo português, o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade e a proibição de diferenciação de tratamento injustificada que dele decorre [artigo 18.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)]. Ora, como a declaração de inconstitucionalidade dizia respeito apenas ao segmento da norma relativo aos cidadãos portugueses e seus familiares, das disposições conjugadas do artigo 6.º, n.º 1, alínea *a*), e n.º 4, da Lei n.º 13/2003 continuou a resultar a exigência de pelo menos um ano de residência legal em território português para que os nacionais de um Estado-Membro da UE pudessem aceder ao rendimento social de inserção.

O TC partiu da premissa de que o legislador português interpretou mal o direito da União Europeia ao deduzir uma exigência de igualdade de tratamento que simplesmente não existia – qual seja, aquela da qual resultou a previsão do período de um ano para que os cidadãos europeus pudessem aceder ao rendimento social de inserção nos mesmos moldes que o cidadão português⁹ –, sobretudo à luz do então recente acórdão *Dano* do TJUE¹⁰. E foi nessa premissa que o TC assentou o seu juízo de inconstitucionalidade, como se lê na declaração de voto vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral. Sem dialogar com o TJUE através do incidente processual do reenvio prejudicial (artigo 267.º do TFUE), o TC resolveu interpretar por mote próprio as disposições europeias relevantes e a jurisprudência seminal que lhes atribuíu um sentido¹¹, considerando que “não

⁹ Cf. acórdão (TC) n.º 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. n.º 136/14, considerando 10: “torna-se portanto inequívoco, face a esta clarificação, que o autor da norma agora impugnada assumiu como sua uma «obrigação» – a de tratar de modo igual os portugueses e os demais cidadãos europeus – que não decorre da correta interpretação do direito da União”.

¹⁰ Acórdão (TJUE) *Dano*, de 11 de novembro de 2014, proc. C-333/13.

¹¹ Neste sentido, cf. acórdão (TC) n.º 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. n.º 136/14, declaração de voto do Conselheiro João Pedro Caupers: “Não obstante ter votado favoravelmente o acórdão, subscrevendo tanto a decisão de inconstitucionalidade, como a respetiva fundamentação, teria preferido que se tivesse optado pelo reenvio prejudicial para o TJUE. Apesar de compreender os argumentos que levaram ao abandono desta opção, não me parece que a recente jurisprudência «Dano» seja decisiva no sentido da conformidade das normas portuguesas em causa com o direito da UE. Consideradas as diferenças entre as normas alemãs naquela apreciadas e as normas nacionais cuja inconstitucionalidade ora se declara, julgo haver espaço para a dúvida quanto à conformidade destas últimas com o direito da UE”. Cf. acórdão (TC) n.º 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. n.º 136/14, declaração de voto vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral: “Depreende-se de toda a argumentação seguida pelo Tribunal (particularmente, nos pontos 6 a 10 da fundamentação) que, neste caso, se considerou que a questão relativa à interpretação do direito da União surgia como questão *prévia* face ao problema de constitucionalidade que havia que resolver [...] Nestes termos, considerar que o Tribunal Constitucional português pode estar *condicionado*, no juízo que fizer sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, pela questão *prévia* de saber se o sentido de tal norma é, ou não, predeterminado por uma exigência do direito da União, não implica nenhum desvio ao recorte constitucional das suas competências, nos termos do ordenamento fundamental da República. Pelo contrário. Se, em um certo caso concreto, se verificar que assim é – ou seja: se se verificar que existem duas, e não apenas uma, questões de interpretação de Direito a resolver; que uma é a questão relativa à determinação do sentido

decorre sempre do direito da União Europeia a imposição de tratamento uniforme¹² entre cidadãos portugueses e cidadãos de outros Estados-Membros que estejam a exercer as suas liberdades de circulação.

Assim, correspondendo o rendimento social de inserção a uma prestação de natureza não contributiva, era certo, para o TC, que não se lhe aplicava o disposto no Regulamento 883/2004 (relativo à coordenação dos sistemas de segurança social), tendo o princípio da não discriminação em função da nacionalidade um carácter supostamente “relativo” no direito da União¹³. Por conseguinte, no que diz respeito ao direito da União, não se impunha qualquer dúvida interpretativa razoável ao TC, tudo se resumindo a uma questão de constitucionalidade. Ignorando a apreciação casuística que a situação *sub judice* exigia – e que poderia marcar a diferença numa jurisprudência europeia em evolução –, o TC aderiu sem reservas a um dos acórdãos do TJUE mais criticados nos últimos tempos¹⁴, qual seja, aquele a propósito do fantasma do “turismo social”, há muito desacreditado pelas estatísticas divulgadas pela Comissão Europeia¹⁵.

das normas de direito europeu e que outra é a relativa à determinação do sentido das normas da Constituição portuguesa; e que a solução que se der à primeira questão condiciona a solução que se der à segunda – o reconhecimento da existência de uma *questão prévia* face à questão de constitucionalidade é algo que se inscreve de pleno naquilo que, face à CRP, se deve hoje entender por *administração da justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional* (artigo 221.º)”.

¹² Cf. acórdão (TC) n.º 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. n.º 136/14, considerando 8.

¹³ *Idem, ibidem*. Ou textualmente: “fora do âmbito de aplicação desta exigência de tratamento igual – porque fora do âmbito de aplicação do próprio regulamento – estarão todas as prestações de «assistência social», na categoria das quais se inclui, pelo seu caráter não contributivo, o rendimento social de inserção”.

¹⁴ Sobre o tema cf. ALESSANDRA SILVEIRA, “Cidadania e direitos fundamentais”, in Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Froufe (coords.), *Direito da União Europeia: Elementos de Direito e Políticas da União*, Coimbra, Almedina, 2016, sobretudo pp. 67 e ss; SANDRA MANTU & PAUL MINDERHOUD, “Exploring the limits of social solidarity: Welfare tourism and EU citizenship”, in *UNIO-EU Law Journal*, vol. 2, junho/2016; DANIELA GUIMARÃES, “The right of free movement and the access to social protection in the EU: The economical dimension. Notes on the case *Elisabeta Danov Jobcenter Leipzig*, C-333/13”, in *UNIO-EU Law Journal*, vol. 1, julho/2015.

¹⁵ Cf. o relatório de 14 de outubro de 2013 (DG Employment, Social Affairs and Inclusion via DG Justice Framework Contract), intitulado *A fact finding analysis on the impact on the Member States’ social security systems of the entitlements of non-active intra-EU migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the basis of residence* e em cujo sumário se lê: “it can be concluded that the share of non-active intra-EU migrants is very small, they account for a similarly limited share of SNCB recipients and the budgetary impact of such claims on national welfare budgets is very low. The same is true for costs associated with the take-up of healthcare by this group. Employment remains the key driver for intra-EU migration and activity rates among such migrants have indeed increased over the last 7 years”.

Como se lê no acórdão do TC, “na sua mais recente jurisprudência, o TJUE veio estabelecer um equilíbrio entre os direitos de cidadãos da União economicamente não ativos e os interesses legítimos dos Estados-Membros de acolhimento em proteger os seus sistemas de segurança social do chamado «*turismo social*», ao reconhecer que os Estados-Membros devem ter a possibilidade de recusar a concessão de prestações sociais a cidadãos da União economicamente não ativos que exerçam a sua liberdade de circulação”. Concluiu o TC que “perante as disposições do direito da União Europeia e a interpretação que delas tem feito o TJUE, *não há qualquer dúvida que o direito da União Europeia tolera um regime diferenciado* entre cidadãos da União Europeia e cidadãos nacionais do Estado-Membro de acolhimento, no que respeita a prestações de um regime não contributivo que garante um mínimo de meios de subsistência”¹⁶.

Ocorre que, no acórdão *Dano*, em desenvolvimento da jurisprudência *Brey*¹⁷, estava em causa saber se um Estado-Membro é obrigado a atribuir prestações sociais – que são atribuídas aos seus próprios nacionais e aos cidadãos da União que aí residam legalmente – a um cidadão da União cuja residência no respetivo território não é legal, ou seja, não preenche os requisitos estabelecidos, designadamente, na Diretiva 2004/38. A questão que tem ocupado o TJUE em matéria de “turismo social” é aquela de saber se é legítimo que um Estado-Membro tenha em conta a legalidade da residência no contexto da atribuição de prestações sociais a cidadãos da União que residem no seu território – algo distinto do que estava em causa no processo relativo ao rendimento social de inserção. Em síntese, na recente jurisprudência do TJUE sobre “turismo social” (*Brey*, *Dano* e, depois do acórdão do TC que nos ocupa, *Alimanovic*¹⁸ e finalmente *Comissão Europeia contra Reino Unido*¹⁹) estava basicamente em causa avaliar se o facto de um Estado-Membro só permitir a atribuição de determinadas prestações sociais às pessoas que residam legalmente no seu território é, por si só, discriminatório na aceção do artigo 4.º do Regulamento 883/2004²⁰. Não é propriamente árduo perceber que não era esta a questão crucial no processo sobre o rendimento social de inserção que o TC tinha em mãos²¹.

¹⁶ Cf. acórdão (TC) n.º 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. n.º 136/14, considerandos 9 e 10.

¹⁷ Acórdão (TJUE) *Brey*, de 19 de setembro de 2013, proc. n.º C-140/12.

¹⁸ Acórdão (TJUE) *Alimanovic*, de 15 de setembro de 2015, proc. C-67/14.

¹⁹ Acórdão (TJUE) *Comissão Europeia contra Reino Unido*, de 14 de junho de 2016, proc. C-308/14.

²⁰ Que dispõe, sob a epígrafe “igualdade de tratamento”, “Salvo disposição em contrário do presente regulamento, as pessoas a quem o presente regulamento se aplica beneficiam dos direitos e ficam sujeitas às obrigações da legislação de qualquer Estado-Membro nas mesmas condições que os nacionais desse Estado-Membro”.

²¹ Importa notar que, segundo as Recomendações do TJUE aos tribunais nacionais relativas à apresentação de processos prejudiciais, sempre que uma questão prejudicial seja suscitada perante um órgão jurisdicional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial em direito interno, tal tribunal é obrigado a submetê-la ao Tribunal de Justiça (artigo 267.º, 3.º §, TFUE), exceto quando

Ora, o TC parece ignorar que está a interpretar uma restrição imposta pelo legislador português ao exercício de uma liberdade de circulação europeia – de resto, uma restrição potencialmente dissuasora daquele exercício, pois *i*) impõe aos portugueses que circulam pela UE o ónus de ter de esperar um ano para beneficiar do rendimento social de inserção no retorno a Portugal, assim como *ii*) impõe aos nacionais dos restantes Estados-Membros um período mínimo de um ano de residência para beneficiarem daquele apoio. Como se lê na declaração de voto vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral, determinar que restrições podem ser introduzidas pelos diferentes legisladores nacionais quanto ao exercício das liberdades de circulação e residência, assim como em que circunstâncias o princípio geral de igualdade de tratamento pode conhecer limites, “não é para o direito da União uma questão qualquer, *releva antes de um problema fundamental, atinente à construção inacabada do conceito de «cidadania da União»*”. Não obstante, resulta do acórdão do TC em análise a manutenção da exigência de um ano para que os cidadãos europeus possam aceder ao rendimento social de inserção (exceto os portugueses – que, não por acaso, também são cidadãos europeus).

Todavia, a saga não termina aí, pois o artigo 6.º, n.º1, alínea *b*), da Lei n.º 13/2003 exigia um período de três anos para que os nacionais de países terceiros pudessem aceder à prestação social que nos ocupa. No acórdão n.º 296/2015, de 25 de maio, o TC declararia a inconstitucionalidade da referida norma, com força obrigatória geral, por violação do princípio da proporcionalidade. Neste acórdão, o TC foi confrontado, a pedido da Procuradora-Geral da República, com a questão de saber se o legislador português, ao disciplinar o regime jurídico do rendimento social de inserção, poderia estabelecer como requisito o período mínimo de três anos de residência legal em Portugal para que os nacionais de países terceiros pudessem aceder àquela prestação. O TC entendeu por excessiva a imposição de um prazo de três anos para a concessão de meios de sobrevivência a um cidadão estrangeiro em situação de risco social, constituindo um sacrifício desproporcionado ou demasiadamente oneroso face aos fins de interesse público que a medida visava atingir.

Sem entrar no mérito da decisão fundada na desproporcionalidade da medida, não se pode negar que o desfecho da saga do rendimento social de inserção é, no mínimo, bizarro: tendo sido abolido qualquer prazo para que os cidadãos portugueses acedam a tal prestação, a lei portuguesa continuou a prever o prazo de um ano para que os cidadãos da UE residentes em Portugal e suas

já exista jurisprudência na matéria (e quando o quadro eventualmente novo não suscite nenhuma dúvida real quanto à possibilidade de aplicar essa jurisprudência ao caso concreto) ou quando o modo correto de interpretar a disposição jurídica em causa seja inequívoco. Cf. Recomendações do TJUE relativas à apresentação de processos prejudiciais, JOUE C 338/01, de 6 de novembro de 2012, considerando 12.

famílias possam fazê-lo. Mas, quanto aos nacionais de países terceiros, o prazo de três anos foi igualmente declarado inconstitucional – e em resultado disto, os cidadãos da UE são onerados comparativamente aos restantes estrangeiros residentes em Portugal! Pese embora consciente da incoerência que estaria a provocar à luz do princípio da igualdade e não discriminação²², o TC escudou-se no entendimento de que “eventuais incongruências sistémicas, do ponto de vista valorativo, que eventualmente resultem da manutenção em vigor da norma”, teriam de ser resolvidas em sede própria, pois o Tribunal estava adstrito ao pedido formulado pela requerente naquele processo²³.

Também nesta segunda oportunidade o TC eximiu-se de dialogar com o TJUE em sede de reenvio, ainda que na declaração de voto vencido do Conselheiro Pedro Machete se possa ler que a resposta do TC dependia do prévio esclarecimento sobre o sentido e alcance da cidadania da União consagrada no artigo 20.º, n.º 1, do TFUE: “não é absolutamente seguro qual o entendimento definitivo que o Tribunal de Justiça da União Europeia virá a sufragar relativamente à admissibilidade de regimes diferenciados – e quanto à medida da diferença – entre cidadãos da União Europeia e cidadãos do Estado-Membro de acolhimento, no tocante a prestações de um regime não contributivo que garante um mínimo de meios de subsistência”²⁴. No sentido da existência de uma dúvida interpretativa razoável sobre a questão, o mesmo voto vencido alerta para o facto de, naquela altura, já terem sido publicadas as conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet no processo *Alimanovic*,²⁵ segundo as quais o artigo 24.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38/CE devia ser interpretado no sentido de que se *opõe* à regulamentação de um Estado-Membro que exclui do benefício de determinadas “prestações pecuniárias especiais de carácter não contributivo”, de forma automática e sem análise casuística, os nacionais de outros Estados-Membros

²² Cf. acórdão (TC) n.º 296/2015, n.º 1057/14, considerando 15: “Nesse sentido, deporia o princípio constitucional da equiparação, contido no artigo 15.º da CRP. Este princípio adquire, aliás, especial relevância no que respeita a estas categorias de cidadãos, tendo em conta que vigoram, no quadro do direito da União, os princípios da não discriminação em razão da nacionalidade e do tratamento nacional, e que o artigo 34.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia prevê expressamente que «todas as pessoas que residam e se desloquem legalmente no interior da União têm direito às prestações de segurança social e às regalias sociais nos termos do direito da União e das legislações e práticas nacionais». Conjugada com o disposto no artigo 45.º, n.º 1, da mesma Carta, nos termos do qual «qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros», torna-se evidente que esta categoria de cidadãos estrangeiros goza de um estatuto especial, tendencialmente equivalente ao dos cidadãos nacionais, tendo em conta o quadro jurídico-constitucional e o direito primário da União Europeia”.

²³ *Idem, ibidem*.

²⁴ Cf. acórdão (TC) n.º 296/2015, n.º 1057/14, declaração de voto vencido do Conselheiro Pedro Machete.

²⁵ Cf. conclusões (TJUE) *Alimanovic*, de 26 de março de 2015, proc. C-67/14, considerando 126.

que procuram emprego no território do Estado-Membro de acolhimento depois de terem acedido ao referido mercado de emprego, ao passo que essas prestações são garantidas aos nacionais do Estado-Membro de acolhimento que se encontram na mesma situação.

Na sequência dos acórdãos do TC sobre o rendimento social de inserção, a Direção-Geral da Segurança Social apresentou um projeto de alteração do diploma em causa – que não teve continuidade por falta de decisão política. Entretanto, a mesma Direção-Geral emitiu duas circulares de orientação técnica sobre o assunto, a fim de clarificar o regime a aplicar, das quais resulta que *i*) aos cidadãos portugueses não é exigido qualquer período de residência legal, *ii*) aos cidadãos da UE é exigido um ano de residência legal, *iii*) aos nacionais de países terceiros é igualmente exigido um ano para o efeito. Ou seja, o Estado português, no exercício de funções administrativas, tentou emendar o problema que o TC criou – valha-nos a vinculação das administrações públicas nacionais ao direito da União Europeia! –, procurando minimizar o ónus que recaía sobre os cidadãos europeus, pelo menos comparativamente aos nacionais de países terceiros. Ora, impunha-se ao TC, enquanto tribunal funcionalmente europeu que também é, ter garantido o efeito útil das disposições europeias, acautelando que os nacionais de países terceiros não beneficiariam de um prazo inferior àquele imposto aos cidadãos europeus. Em vez disso, escudou-se no argumento do pedido da requerente, de consistência duvidosa à luz dos desenvolvimentos do princípio da lealdade europeia, máxime das concretas obrigações que impendem sobre os órgãos jurisdicionais nacionais.

Abstendo-nos de cogitar sobre a violação da obrigatoriedade de reenvio prejudicial no caso de estudo em comento (artigo 267.º, 3.º §, do TUE)²⁶, provoca-nos alguma perplexidade a ligeireza com que o TC aborda dimensões jusfundamentais do direito da União, sobretudo por estar em causa o exercício de liberdades de circulação e a proibição de discriminação em razão da nacionalidade que as enforma²⁷. Da jurisprudência assente do TJUE decorre que as liberdades

²⁶ Cf. acórdão (TC) n.º 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. n.º 136/14, declaração de voto vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral: “Com efeito, creio que, no caso, se não podia resolver a questão colocada pelo requerente ao Tribunal sem que primeiro se soubesse ao certo quais as obrigações que, por força do direito da União, impendiam sobre o legislador português neste domínio [...] Parece-me evidente que, tendo o legislador estabelecido que esta nova exigência seria igual tanto para portugueses quanto para cidadãos europeus, o juízo de ponderação que o Tribunal teria que fazer, para resolver o problema de constitucionalidade que lhe fora colocado, dependeria, *nos seus próprios termos*, da questão prévia de saber se o tratamento igual dado pela norma impugnada tanto a portugueses quanto a demais «europeus» era, ou não era, *imposto ele próprio pelo direito da União*”.

²⁷ Cf. acórdão (TC) n.º 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. n.º 136/14, declaração de voto vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral: “Dissenti desse juízo porque entendo que a premissa sobre a qual ele foi construído está longe de poder ser demonstrada. A questão respeitante à interpretação das normas de direito europeu que havia que resolver não é para o ordenamento jurídico da

económicas, agora formalmente reconhecidas como direitos fundamentais pela CDFUE (artigo 15.º, n.º 2), gozam de efeito direto horizontal. Ora, na medida em que a proteção dos direitos fundamentais na UE nelas repousa e a partir delas evoluiu – inclusivamente no que respeita ao reconhecimento de direitos sociais aos indivíduos que estejam a exercê-las –, a qualidade jusfundamental das liberdades de circulação e a sua horizontalidade se repercutem nos direitos fundamentais reconhecidos pela UE para dar-lhes concretização. Importa recordar que o reconhecimento da cidadania europeia atendeu ao objetivo (originário) de conceder um conjunto de direitos civis, políticos e sociais ao nacional de um Estado-Membro que estivesse a exercer liberdades económicas noutra Estado-Membro – a fim de o colocar em pé de igualdade com os nacionais do Estado-Membro de acolhimento²⁸.

O TJUE tem procurado esclarecer que o objetivo da proteção dos direitos fundamentais no direito da União é zelar por que tais direitos não sejam violados nos domínios de atividade da UE, seja em razão da ação da União ou em razão da aplicação do direito da União pelos Estados-Membros. No entendimento do TJUE, a prossecução deste objetivo justifica-se pela necessidade de evitar que a proteção dos direitos fundamentais, suscetível de variar consoante o direito nacional em causa, prejudique a unidade, o primado e efetividade do direito da União²⁹. O TJUE estabelece, portanto, uma nítida conexão entre a proteção dos direitos fundamentais e o imperativo de efetividade do direito da União. Está aqui patente a ideia de que as dissonâncias na proteção dos direitos fundamentais nos distintos Estados-Membros poderiam comprometer a igualdade jurídica dos cidadãos europeus – e, em última análise, a própria sobrevivência de uma União de direito.

Ao admitir que os Estados-Membros podem valer-se do seu próprio padrão de constitucionalidade quando estejam a aplicar o direito da União (desde que isto não comprometa o nível de proteção previsto na CDFUE tal como o

União uma questão qualquer. Diz antes respeito a «valores estruturantes» da União, como sejam os relativos à liberdade de circulação de pessoas nos territórios dos diferentes Estados-Membros, ao direito de residência no território de qualquer Estado que pertença à União, e ao princípio geral segundo o qual os Estados-Membros estão *obrigados* a, em qualquer domínio, tratar os «cidadãos europeus» que no seu território legalmente residam do mesmo modo que tratam os seus próprios nacionais, sem «discriminação», portanto, daqueles primeiros (artigos 18.º, 20.º, n.º 2, alínea *a*) e 21.º, n.º 1, TFUE)».

²⁸ Cf. acórdão (TC) n.º 141/2015, de 25 de fevereiro, proc. n.º 136/14, declaração de voto vencido da Conselheira Maria Lúcia Amaral: “Só que esta «ponderação», que tem como referentes interpretativos não o direito nacional de cada Estado-Membro mas o direito *primário* da União, a fazer-se, teria que ser levada a cabo, não por uma jurisdição constitucional nacional, mas pelo órgão jurisdicional da União (artigos 19.º, n.º 1, segunda frase, TUE e 344.º, TFUE). E creio que a ponderação deveria ter sido feita, dada a complexidade da questão que lhe subjaz e a centralidade que a mesma assume para o direito da União”.

²⁹ Cf. acórdão (TJUE) *Siragusa*, de 6 de março de 2014, proc. C-206/13, considerando 31.

TJUE o interpreta)³⁰, o TJUE confere ao artigo 53.º da CDFUE uma interpretação amiga da interatividade entre ordens jurídicas para a proteção de direitos fundamentais, pois reconhece operatividade metódica ao *standard* mais elevado que porventura decorra da Constituição nacional. Ora, desde que os interesses essenciais da União não sejam adversamente afetados por medidas nacionais que implementem o direito da União, o TJUE inclusivamente devolve aos tribunais nacionais a questão de determinar o nível de proteção que considerem compatível com as suas respetivas Constituições. Todavia, no caso de estudo em apreço, nem sequer se pode argumentar que o TC tenha aplicado o padrão interno de jusfundamentalidade para conceder um nível de proteção mais elevado aos cidadãos europeus residentes em Portugal!

Na medida em que a situação *sub judice* recai no âmbito de aplicação do direito da União, o padrão de jusfundamentalidade aplicável é aquele que decorre do direito da União – que, de resto, permite a aplicação do padrão de proteção nacional que entretanto prossiga um nível de proteção mais elevado, algo que manifestamente não ocorreu no caso de estudo em análise. Se o TC entendia que estava em condições de resolver por mote próprio um problema conexionado com direito da União, nunca poderia ter aplicado o seu próprio padrão de constitucionalidade num sentido que põe em causa a efetividade do direito da União. Para decidir por mote próprio, então que fortalecesse a doutrina do nível de proteção mais elevado a partir de uma interpretação amiga dos direitos sociais dos cidadãos europeus – sobretudo quando em Portugal tanto se reclama da ausência de solidariedade europeia! Ao contrário, o TC entendeu por bem afiançar a lamentável jurisprudência do TJUE sobre o suposto “turismo social”, resultante da pressão exercida pelos Estados-Membros frente as ameaças populistas que envenenam crescentemente as opiniões públicas nacionais.

3. Responsabilidade do Estado-juiz e o fenómeno da discriminação inversa

No acórdão n.º 363/2015³¹, o TC foi chamado a apreciar a inconstitucionalidade do artigo 13.º, n.º 2, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (RRCEE)³², segundo o qual o pedido de indemnização fundado em responsabilidade por exercício da função jurisdicional deve ser fundado na prévia revogação da decisão judicial danosa pela

³⁰ Cf. acórdão (TJUE) *Melloni*, de 26 de fevereiro de 2013, proc. C-399/11, considerando 60.

³¹ Acórdão (TC) n.º 363/2015, de 9 de julho, proc. n.º 185/15.

³² Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, que aprova o RRCEE, conforme alterado pela Lei n.º 31/2008, de 17 de julho.

jurisdição competente. As circunstâncias que originaram tal recurso de constitucionalidade prendem-se com o regime do apoio judiciário – concretamente com a tabela de honorários de advogados tal como publicada em anexo à Portaria n.º 1386/2004. O recorrente (um advogado) não teve a sua pretensão acolhida junto da 11.ª Vara Civil de Lisboa – e, seguidamente, da Relação de Lisboa – por entenderem os referidos tribunais que o que releva para os efeitos de pagamento de honorários é o valor da ação e não o número de intervenções. O recorrente alegava a violação do princípio da proporcionalidade entre a quantidade de trabalho e a remuneração e, inconformado, intentou uma ação de responsabilidade contra o Estado português invocando a dispensabilidade da prévia revogação da decisão judicial danosa, porquanto tal exigência violaria os artigos 18.º, n.ºs 2 e 3, 20.º, n.ºs 1, 4 e 5, e 22.º da CRP, assim como o artigo 6.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (direito à tutela jurisdicional efetiva)³³.

Não era imperioso que o direito da União tivesse sido invocado junto do TC. Decorre da jurisprudência assente do TJUE que os tribunais nacionais devem zelar pela sua correta aplicação independentemente da invocação das partes, desaplicando de ofício normas nacionais em desconformidade com normas europeias, da mesma forma que não aplicam normas internas que infrinjam o disposto na sua Constituição (artigo 204.º da CRP)³⁴. De resto, quando o TC proferiu o acórdão n.º 363/2015, datado de 9 de julho de 2015, estava pendente no TJUE um reenvio prejudicial incidente, precisamente, sobre a compatibilidade da norma constante do artigo 13.º, n.º 2, do RRCEE com o direito da União – e que resultaria no acórdão *Ferreira da Silva*, datado de 9 de setembro de 2015³⁵. O TC tinha a obrigação de saber da existência de tal reenvio – tendo em conta a publicação de todas as questões prejudiciais que dão entrada na secretaria do Tribunal de Justiça no Jornal Oficial da União Europeia – e aguardar pelo pronunciamento do TJUE naquela sede. Preferiu, todavia, decidir o recurso em análise chamando o direito da União à sua argumentação, sem contudo tirar as devidas ilações de tal chamamento.

O busílis de direito da União subjacente ao referido reenvio prejudicial radica na tendência de os tribunais portugueses fazerem da Lei n.º 67/2007 o “alfa e ómega” da responsabilidade do Estado por exercício da função jurisdicional – em manifesta desconsideração da jurisprudência assente do TJUE na matéria. Apesar de a doutrina ter alertado há muito sobre a incompatibilidade

³³ Cf. acórdão (TC) n.º 363/2015, de 9 de julho, proc. n.º 185/15, considerando 5. O recorrente invocou ainda a violação dos princípios da lealdade europeia, do primado, da equivalência e da efetividade, além dos artigos 15.º, 20.º e 31.º da CDFUE, bem como a jurisprudência europeia em matéria de responsabilidade do Estado por violação do direito da União.

³⁴ Cf. acórdão (TJUE) *Kempter*, de 12 de fevereiro de 2008, proc. C-2/06, considerando 45.

³⁵ Acórdão (TJUE) *Ferreira da Silva*, de 9 de setembro de 2015, proc. C-160/14.

da norma do artigo 13, n.º 2, do RRCEE com o direito da União³⁶, os tribunais portugueses vinham entendendo que, não tendo a decisão judicial danosa sido revogada ou revista, não haveria lugar ao pagamento da indemnização reclamada³⁷. Assim foi até que as Varas Cíveis de Lisboa perguntaram ao TJUE, em sede de reenvio prejudicial, se o direito da União (e, em especial, os princípios formulados pelo TJUE no acórdão *Köbler*³⁸ sobre a responsabilidade do Estado por danos causados aos particulares em virtude de uma violação do direito da União imputável a um órgão jurisdicional nacional que decide em última instância) deve ser interpretado no sentido de que obsta à aplicação de uma norma nacional que exige como fundamento do pedido de indemnização a prévia revogação da decisão danosa³⁹.

O TJUE admitiu que uma regra de direito nacional como a que figura no artigo 13.º, n.º 2, do RRCEE pode tornar excessivamente difícil a obtenção da reparação dos danos causados pela violação do direito da União por um órgão jurisdicional que decide em última instância⁴⁰. Assim, no acórdão *Ferreira da Silva*, o TJUE decidiu que o direito da União *opõe-se* a uma legislação nacional que exige como condição prévia a revogação da decisão danosa, quando essa revogação está, na prática, excluída⁴¹ – não devendo, portanto, tal condição ser aplicada no que diz respeito à responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União. De resto, pela primeira vez na sua história, o TJUE reconheceu que um órgão jurisdicional nacional que decide em última instância, *in casu*, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) português, não havia cumprido a obrigação de reenvio prejudicial que sobre ele impende por força do artigo 267.º, 3.º §, do TFUE, a fim de afastar o risco de interpretação errada do direito da União – o que converte o acórdão *Ferreira da Silva* numa decisão emblemática para a tutela jurisdicional efetiva no direito da União.

A razão da incompatibilidade da norma constante do artigo 13.º, n.º 2, do

³⁶ Cf. ALESSANDRA SILVEIRA, “Da (ir)responsabilidade do Estado-juiz por violação do direito da União Europeia: Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Dezembro de 2009”, *in Scientia Iuridica*, n.º 320, outubro/dezembro de 2009; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, “Irresponsabilidade do Estado-Juiz por incumprimento do direito da União Europeia: Um acórdão sem futuro. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (1.ª Secção), de 13.12.2009”, *in Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 79, janeiro/fevereiro de 2010; CARLA AMADO GOMES, “ABC da (ir)responsabilidade dos juizes no quadro da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro”, *in Scientia Iuridica*, n.º 322, abril/junho de 2010.

³⁷ Cf. conclusões (TJUE) *Ferreira da Silva e Brito*, de 11 de junho de 2015, proc. C-160/14, considerando 22.

³⁸ Acórdão (TJUE) *Köbler*, de 30 de setembro de 2003, proc. C-224/01.

³⁹ Cf. acórdão (TJUE) *Ferreira da Silva e Brito*, de 9 de setembro de 2015, proc. C-160/14, considerando 22, terceira questão prejudicial.

⁴⁰ Cf. acórdão (TJUE) *Ferreira da Silva e Brito*, de 9 de setembro de 2015, considerando 51.

⁴¹ Cf. acórdão (TJUE) *Ferreira da Silva e Brito*, de 9 de setembro de 2015, considerando 60.

RRCEE com o direito da União repousa no facto de o TJUE ter concluído que as hipóteses de reapreciação das decisões do STJ são extremamente limitadas – o que torna praticamente impossível a obtenção de uma indemnização. Nesta medida, provoca perplexidade que diante da mesma questão crucial – qual seja, aquela de determinar se o particular beneficia ou não de uma via de recurso de uma decisão judicial irrecorrível que lhe provoca dano –, o TC português não tenha acolhido a inconstitucionalidade daquela norma, segundo a qual o pedido de indemnização fundado em responsabilidade por erro judiciário depende da prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente. No entendimento do TC, patente no seu acórdão n.º 363/2015, a norma constante do artigo 13.º, n.º 2, do RRCEE não elimina o direito à indemnização por erro judiciário, limitando-se a acomodar aquele regime às exigências da estrutura e modo de funcionamento do sistema judiciário constitucionalmente consagrado, inexistindo qualquer evidência de desrespeito pelo conteúdo essencial do direito constitucional português. Assim, para o TC, tais exigências orgânico-funcionais relacionadas com o sistema judiciário português explicariam satisfatoriamente a solução legal, afastando a ideia de que a mesma seja arbitrária⁴².

O TC advertiu, desde logo, que só viria a conhecer do mérito do recurso na parte relativa à alegada inconstitucionalidade da disposição em causa, sem considerar “autónoma e individualizadamente os demais parâmetros normativos indicados no requerimento de interposição do recurso de constitucionalidade, em especial, os que integram convenções internacionais ou o direito da União Europeia”⁴³. Isto porque, no entendimento do TC, os danos que o recorrente pretendia ver indemnizados seriam imputáveis a uma decisão judicial alegadamente incompatível com a CRP (por violação entre o princípio da proporcionalidade entre a quantidade de trabalho e a remuneração); esta decisão pretensamente ilícita e danosa dizia respeito à interpretação e aplicação de uma disposição de direito português em matéria civil (a tabela de honorários dos advogados pelos serviços prestados no âmbito do apoio judiciário); e, nesta medida, o que importava considerar na aplicação do artigo 13.º, n.º 2, do RRCEE ao caso concreto era a adoção de um critério normativo contrário à CRP. Portanto, para o TC não estava em causa a aplicação de normas de direito da União e os problemas específicos suscitados neste domínio em função dos acórdãos *Köbler* e *Traghetti*⁴⁴. Isto é, o TC faz um grande esforço para tratar da situação *sub judice* enquanto puramente interna.

Contudo, dizer que uma situação é puramente interna não significa que

⁴² Cf. acórdão (TC) n.º 363/2015, de 9 de julho, proc. n.º 185/15, considerando 13.

⁴³ Cf. acórdão (TC) n.º 363/2015, de 9 de julho, proc. n.º 185/15, considerando 4.

⁴⁴ Cf. acórdão (TC) n.º 363/2015, de 9 de julho, proc. n.º 185/15, considerando 6; acórdãos (TJUE) *Köbler*, de 30 de setembro de 2003, proc. C-224/01, e *Traghetti del Mediterraneo*, de 13 de junho de 2006, proc. C- 173/03.

ela não tenha qualquer conexão com o direito da União⁴⁵. Como explica a Advogada-Geral Eleanor Sharpston, a questão de saber se uma situação é interna distingue-se conceptualmente da questão de saber se existe uma conexão com o direito da União. Importa saber que situações, internas ou não, devem ser consideradas como não tendo qualquer conexão com o direito da União. Mas a resposta não pode ser que as ditas situações internas são automaticamente despojadas de qualquer conexão com o direito da União. A jurisprudência do TJUE relativamente às questões puramente internas evolui no sentido da inadmissibilidade de que o direito da União ignore uma situação para a qual ele próprio concorreu e que o direito nacional não teria conhecido se não existisse o direito da União⁴⁶. Quando se depara com situações dessas, o TJUE pronuncia-se sobre a aplicação do direito da União a situações em princípio internas (porque relativas a produtos internos, em condições de mercado internas e conforme normas internas) mas susceptíveis de apresentar uma ligação com as situações sujeitas ao direito da União.

Tanto é assim que, no caso de estudo em análise, o TC viu-se na contingência de reconhecer a incompatibilidade da solução consagrada no artigo 13.º, n.º 2, do RRCEE com o direito da União – e que, por isso, a referida norma seria inaplicável à responsabilidade do Estado português por ações e omissões dos seus tribunais violadoras das normas de direito da União⁴⁷. E inclusivamente reconheceu que a responsabilidade do Estado-Membro fundada em erro judiciário relativo ao direito da União constitui um importante factor *i*) de tutela jurisdicional dos direitos dos cidadãos conferidos pelo direito da União e *ii*) de garantia da sua primazia face ao direito de cada um dos Estados-Membros – o que comprova a existência de mais-valias sistémicas justificativas da solução de incompatibilidade do artigo 13.º, n.º 2, do RRCEE com o direito da União⁴⁸. Todavia, o TC não retirou ilações deste reconhecimento por entender que podia limitar-se à mera apreciação da constitucionalidade da norma em causa, na medida em que, no entendimento do TC, a situação *sub judice* não entraria no âmbito de aplicação do direito da União.

Contudo, sendo admissível que a matéria que alegadamente origina a responsabilidade do Estado-juiz no caso em apreço não é especificamente regulada pelo direito da União – pese embora o direito da União discipline a matéria do apoio judiciário através da Diretiva 2003/8, transposta para o ordenamento interno pela Lei n.º 34/2004, alterada pela Lei n.º 47/2007 –, o certo é que, em

⁴⁵ Neste sentido cf. conclusões (TJUE) *Gouvernement de la Communauté française/Gouvernement wallon contra Gouvernement flamand*, 28 de junho de 2007, proc. C-212/06, considerando 136.

⁴⁶ Cf. conclusões (TJUE) *Carbonati*, de 6 de maio de 2004, proc. C-72/03, considerando 55.

⁴⁷ Cf. acórdão (TC) n.º 363/2015, de 9 de julho de 2015, proc. n.º 185/15, considerando 11.

⁴⁸ Cf. acórdão (TC) n.º 363/2015, de 9 de julho de 2015, proc. n.º 185/15, considerando 12.

resultado do acórdão n.º 363/2015 do TC, uma ação de responsabilidade por danos causados no exercício da função jurisdicional *apenas* dispensa a revogação da decisão judicial danosa se fundada no direito da União – e não no direito português –, o que incita os particulares a estabelecerem conexões fictícias com o direito da União a fim de beneficiar de um padrão de proteção mais elevado. Ora, diante da mesma pretensão jusfundamental simultaneamente acutelada pelo direito da União e pela CRP – leia-se o direito à tutela jurisdicional efetiva previsto no artigo 47.º da CDFUE e no artigo 20.º da CRP, tendente a garantir o exercício do direito fundamental à reparação dos danos causados no exercício da função jurisdicional –, a dispensa da revogação da decisão judicial danosa não pode depender de uma espécie de bafejo da sorte manifestamente aleatório, pois isto em nada contribui para o exercício seguro de direitos fundamentais num contexto de interconstitucionalidade. Sobretudo porque estamos a falar de danos causados pelos *mesmos* tribunais que integram, *simultaneamente*, a estrutura jurisdicional portuguesa e europeia.

Isto provoca um fenómeno conhecido no direito da União como discriminação inversa. Tal acontece quando os particulares que beneficiam do direito da União estão numa situação mais favorável comparativamente àqueles que só podem beneficiar do direito nacional – algo que desde sempre cumpriu aos tribunais constitucionais procurar evitar, ainda que com fundamento no seu próprio ordenamento interno, máxime via princípio da igualdade e não discriminação previsto em termos jurídico-constitucionais. Ora, o atual estágio de proteção jusfundamental na União Europeia já não permite a continuidade da discriminação inversa⁴⁹ (que implica a diferenciação de tratamento, inclusivamente no que respeita aos direitos fundamentais, entre cidadãos dinâmicos e estáticos, ou entre aqueles que podem e os que não podem beneficiar do direito da União), em manifesta desconformidade com o artigo 18.º do TFUE (segundo o qual estão proibidas as diferenciações de tratamento em razão da nacionalidade). Tal resultado já não seria compatível com o atual contexto de *cidadania de direitos* e com a tendencial equiparação das posições jurídicas a partir do padrão de jusfundamentalidade da União.

⁴⁹ Cf. conclusões (TJUE) *Carbonati*, de 6 de maio de 2004, proc. C-72/03, considerando 55. Como explica o Advogado-Geral Póiares Maduro em tais conclusões, a expressão discriminação inversa refere-se aos casos em que os nacionais de um Estado-Membro que não utilizaram as liberdades de circulação consagradas pelo Tratado se encontram numa situação jurídica menos favorável que os nacionais que exerceram os direitos baseados nessas liberdades. Sobre o tema cf. HENRY SCHERMERS & DENIS WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, Haia/Londres/Nova Iorque, Kluwer Law International, 2001, p. 92, onde se lê: “whenever a Member State gives a preferential treatment to the nationals of other Member States as opposed to its own national, this should also amount to a discrimination prohibited by the Treaty”. E ainda: “the Court may be prepared, under certain circumstances, to prohibit reverse discrimination if there is a sufficient relationship with Community law”.

4. Não discriminação em função da nacionalidade e cidadania de direitos

O acórdão *Guimont*⁵⁰ do TJUE é particularmente elucidativo dos desenvolvimentos iniciais da problemática da discriminação inversa. Guimont era um produtor francês de queijo que estava a responder judicialmente por vender queijo *emental* sem casca. Isto infringia o disposto na norma francesa sobre fraudes e falsificações, segundo a qual a denominação *emental* exigia uma casca dura e seca de cor amarelo dourado a castanho claro. Guimont não exportava seus produtos nem realizava atividades transfronteiriças que permitissem deduzir um vínculo/conexão com o direito da União, mas alegou que a designação *emental* é genérica e largamente utilizada em diversos Estados-Membros da União sem qualquer condição ligada à existência de casca. Ora, a norma francesa era a mais restritiva de todas as existentes entre os Estados-Membros – e isto obstaculizava direta ou indiretamente, real ou potencialmente, o comércio intracomunitário.

Por isso, Guimont pretendia beneficiar das vantagens que o direito da União oferecia aos produtores não franceses, pois um produtor italiano ou alemão que vendesse queijo *emental* em França não estaria sujeito ao rigor das normas francesas mas sim ao direito da União. Guimont se sentia alvo de uma discriminação inversa porque não beneficiava das liberdades económicas garantidas pelo direito da União, encontrando-se numa situação jurídica menos favorável do que os nacionais de outros Estados-Membros que podiam exercer tais liberdades. Confrontado com o argumento da situação puramente interna, o TJUE entendeu que a sua resposta seria útil para que o juiz nacional pudesse identificar a discriminação inversa – e para permitir que um produtor nacional pudesse beneficiar dos mesmos direitos que um produtor de outro Estado-Membro retiraria do direito da União na mesma situação⁵¹. Ora, se normas internas regulam a matéria e os direitos que o direito da União reconhece a produtores de outros Estados-Membros nas mesmas condições, então estamos diante de uma situação *aparentemente* interna, pois para evitar uma manifesta situação de discriminação inversa o direito nacional terá de adaptar-se ao padrão de proteção europeu. No mesmo sentido do acórdão *Guimont*, no acórdão *Gouvernement de*

⁵⁰ Acórdão *Guimont*, de 5 de dezembro de 2000, proc. C-448/98.

⁵¹ Cf. acórdão *Guimont*, de 5 de dezembro de 2000, proc. C-448/98, considerando 23. O TJUE decidiu que a livre circulação de mercadorias se opõe a que um Estado-Membro aplique aos produtos importados de outro Estado-Membro, onde eles são legalmente produzidos e comercializados, uma regulamentação nacional que proíbe a comercialização neste Estado-Membro de um queijo sem casca com a denominação *emental*. Ora, os produtos que Guimont comercializava não eram produtos importados – mas cumpre ao juiz nacional combater a situação de discriminação inversa, permitindo que um produtor nacional possa beneficiar dos mesmos direitos que um produtor de outro Estado-Membro retiraria do direito da União na mesma situação.

la *Communauté française/Gouvernement wallon contra Gouvernement flamand*, o TJUE alertou o juiz nacional para a hipótese de que qualquer cidadão nacional, mesmo diante de situações qualificadas de puramente internas, deveria beneficiar dos mesmos direitos que o cidadão de outro Estado-Membro extrairia do direito da União numa situação comparável⁵².

De resto, no acórdão *Zambrano*⁵³, o TJUE foi confrontado com a questão de saber se o artigo 18.º do TFUE (proibição de discriminação em razão da nacionalidade) pode ser invocado para resolver uma situação de discriminação inversa gerada pela interação do direito da União (neste caso, as disposições que regem a cidadania europeia) com o direito nacional. A Advogada-Geral Eleanor Sharpston defendeu uma resposta firme do TJUE relativamente às discriminações inversas, pelo menos nos casos relacionados com a cidadania da União, onde os resultados prejudiciais seriam mais evidentes. Sugeriu então que o artigo 18.º do TFUE fosse interpretado no sentido de que proíbe a discriminação inversa causada pela interação entre a cidadania europeia e o direito nacional, desde que tal implique a violação de um direito fundamental protegido pelo direito da União e não estiver prevista uma proteção pelo menos equivalente no direito nacional.

Todavia, o TJUE entendeu apreciar conjuntamente as questões formuladas pelo juiz nacional no processo *Zambrano*, eximindo-se de responder, especificamente, a questão relacionada com o artigo 18.º do TFUE. De qualquer forma, o TJUE acolheu o entendimento da Advogada-Geral no sentido de que os direitos decorrentes da cidadania, inclusivamente o direito de permanecer livremente no território dos Estados-Membros, não dependem do exercício prévio de liberdades de circulação. Assim, ao apreciar globalmente as questões que lhe foram apresentadas, sendo que a segunda delas confrontava especificamente o TJUE com a problemática das discriminações inversas, não se pode dizer que o TJUE a tenha ignorado no acórdão *Zambrano*, pois a resposta fornecida pelo Tribunal atinge o cerne da diferença de tratamento entre cidadãos estáticos e dinâmicos e acaba por eliminar a discriminação.

Mas como não houve resposta específica do TJUE a propósito da discriminação inversa, convém recuperar as conclusões da Advogada-Geral Sharpston sobre o tema. Segundo a Advogada-Geral, o artigo 18.º do TFUE seria aplicável quando estivessem preenchidos três requisitos cumulativos: *i*) o demandante fosse um cidadão da União residente no Estado-Membro da sua nacionalidade (estático), cuja situação fosse comparável à de outros cidadãos da União no mesmo Estado-Membro (dinâmicos) que pudessem invocar os direitos decorrentes

⁵² Cf. acórdão (TJUE) *Gouvernement de la Communauté française/Gouvernement wallon contra Gouvernement flamand*, de 1 de abril de 2008,, proc. C-212/06, considerando 40.

⁵³ Acórdão (TJUE) *Zambrano*, de 8 de março de 2011, proc. C-34/09.

do artigo 21.º do TFUE (circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros; *ii*) a discriminação inversa contestada deveria implicar a violação de um direito fundamental protegido pelo direito da União – e tal violação seria definida por referência à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH); *iii*) o artigo 18.º do TFUE seria aplicável a título subsidiário às situações em que o direito nacional não proporcionasse uma proteção adequada aos direitos fundamentais⁵⁴.

Apesar de louvarmos o empenho e a ousadia da Advogada-Geral no tratamento deste tema palpitante de cariz marcadamente federativo, permitimo-nos discordar (pontualmente) da solução apresentada porque ignora as implicações do princípio do nível de proteção mais elevado patente no artigo 53.º da CDFUE. A Advogada-Geral parte do pressuposto de que o direito da União “assumiria a responsabilidade de remediar as consequências da discriminação inversa causada pela interação do direito da União com o direito nacional somente nos casos em que essas consequências fossem incoerentes com os níveis de proteção mínimos estabelecidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)”⁵⁵. Ora, o artigo 53.º da CDFUE fornece um *standard* máximo (e não mínimo) de proteção de direitos fundamentais, segundo o qual se deve aplicar o nível de proteção mais elevado de entre os vários mobilizáveis para a resolução de uma situação concreta. O princípio em tela não dá por adquirido que o nível mais elevado seja o que decorre da CEDH (e, nesta medida, da jurisprudência do TEDH) e nem sequer o que decorre da CDFUE.

O princípio da não discriminação em razão da nacionalidade está, por força dos Tratados, indissociavelmente atrelado ao estatuto de cidadania. Vale recordar que a cidadania europeia surge para promover a tendencial equiparação das posições jurídicas dos nacionais dos Estados-Membros da União independentemente do local onde se encontrem. Não é por outra razão que a Parte II do TFUE intitula-se “não discriminação e cidadania da União.” Portanto, o princípio consagrado no artigo 18.º do TFUE parece especialmente vocacionado para o combate das discriminações inversas no domínio dos direitos de cidadania – máxime direitos fundamentais. Está aqui subjacente a ideia de que, no âmbito de aplicação material da cidadania europeia, os cidadãos da União não podem ser alvo de tratamentos discriminatórios – isto é, sem justificação material ou fundamentação razoável – de entre os quais se incluem as discriminações inversas. Não há espaço para outra solução numa União que se pretende de direito – leia-se orientada pela igualdade jurídica dos cidadãos europeus e pela proteção mais elevada dos seus direitos fundamentais.

⁵⁴ Cf. conclusões (TJUE) *Zambrano*, de 30 de setembro de 2010, proc. C-34/09, considerando 135 a 140.

⁵⁵ Cf. conclusões (TJUE) *Zambrano*, de 30 de setembro de 2010, proc. C-34/09, considerando 147.

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DE ASILO NA EUROPA

Andreia Sofia Pinto Oliveira¹

1. Conceito e génese do direito de asilo

Asilo significa, fundamentalmente, protecção.

A palavra asilo tem a sua origem etimológica na palavra grega – “asilon” (ἄσυλος, -ον) –, um adjectivo que qualifica pessoas ou lugares como não pilhados, que não podem ser pilhados ou violentados, invioláveis².

A evolução semântica da palavra permite o seu uso em muitos e variados contextos.

Correntemente, o asilo designa um estabelecimento de caridade onde são recebidos os que não têm lar estável, crianças pobres ou órfãs, pessoas doentes ou idosas. Asilo, nesta acepção, é usado sobretudo a partir do século XIX e o termo “foi precedido pelos de hospital (século XIV), mercearia (séculos XIII a XV) e recolhimento (séculos XVI a XVIII)”³.

A palavra pode também ter o sentido de inviolabilidade enquanto característica reconhecida a um espaço. É com este sentido que os primeiros textos constitucionais portugueses usam a palavra. Assim, na Constituição de 1822, garante-se a inviolabilidade do domicílio com as palavras: “a casa de todo o Português é para ele um asilo”⁴.

¹ Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Cf. *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, 3.ª edição, volume I, dirigido por José Pedro Machado e *Dictionnaire Grec-Français*, dirigido por Bailly. A palavra ἄσυλον resulta da contracção do prefixo *a-* com uma forma do verbo *σπλάω*, que significa despojar de armas, pilhar, roubar, violentar. O adjectivo ἄσυλον, quando referido a lugares, designava a inviolabilidade do templo, donde surgiu a ideia de asilo como um lugar. O latim conheceu com este mesmo significado a palavra *asylum*, que, depois, por intermédio do francês, *asile*, chegou até nós.

³ Cf. FERNANDO CORREIA, “Asilo”, in AAVV, *Enciclopédia Verbo Luso-Brasileira de Cultura*, volume II, Lisboa, Verbo, 1964.

⁴ Artigo 5.º do capítulo único do Título I, que tem como epígrafe “Dos Direitos e Deveres indivi-

Deste sentido de espaço protegido, imune às investidas do agente da perseguição, o asilo passou progressivamente a designar não o lugar, mas a protecção concedida através do acolhimento⁵.

A concessão do asilo caracteriza-se, então, por ser um acto de protecção a uma pessoa em perigo. Através dele, um detentor de poder, dentro dos limites espaciais em que se exerce o seu poder, protege uma ou mais pessoas contra um outro poder. O asilo tem como característica fundamental o facto de consistir na interposição protectora de um terceiro poder entre uma autoridade e o seu sujeito; as suas motivações ou a personalidade dos seus actores podem ser da mais variada natureza⁶.

A origem mais remota do asilo está na tradição de acolhimento dos fugitivos nos templos ou outros lugares sagrados.

Embora não haja dados seguros que permitam afirmar a existência de locais de abrigo contra as perseguições nas mais antigas civilizações da Ásia ou de África e não se encontrem nos textos mais antigos, nomeadamente no Código Hammurabi, referências a essa instituição, a generalidade dos autores crê que o asilo associado a locais sagrados é uma prática universal e imemorial⁷.

Foi na Antiga Grécia que a prática do asilo mais se desenvolveu e adquiriu notoriedade.

No século XXI, a Grécia é o símbolo da crise europeia do asilo.

Todo o edifício jurídico construído após a Segunda Guerra Mundial para garantir protecção aos refugiados está posto em causa pelo número avassalador de pessoas que procuram a Europa hoje como há setenta ou oitenta anos atrás.

duais dos Portugueses”. Cf. JORGE MIRANDA, *As Constituições Portuguesas: De 1822 ao Texto Actual da Constituição*, Lisboa, Livraria Petrony, 1997.

⁵ Cf. W. GUNTHER PLAUT, “Refugees and the right of asylum: Some historical notes”, in Gudmundur Alfredsson e Peter Macalister Smith (eds.), *The Living Law of Nations: Essays on Refugees, Minorities, Indigenous Peoples and the Human Rights of Other Vulnerable Groups In Memory of Atle Grahl-Madsen*, Kehl-am Rhein, Engel, 1996, p. 78. Na Sessão de Bath, o Instituto de Direito Internacional decidiu-se pelo não emprego do termo asilo no sentido de lugar. Cf. *Annuaire de l’Institut de Droit International*, volume XLIII, Sessão de Bath, 1950.

⁶ Cf. FRANÇOIS CRÉPEAU, *Droit d’Asile: De l’Hospitalité aux Contrôles Migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 24.

⁷ Cf. PHILIPPE SÉGUR, *La Crise du Droit d’Asile*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p. 17; JEAN-LOUIS GAZZANIGA, “Le droit d’asile religieux: Évolution historique”, in Janine Chanteur et al. (eds.), *Droit d’Asile Devoir d’Accueil*, Lonrai, Desclé de Browver, 1995, p. 78. Cf. ainda EGIDIO REALE, “Le droit d’asile”, in AAVV, *Recueil des Cours*, 1938, p. 476; e S. PRAKASH SINHA, *Asylum and International Law*, Haia, Martinus Nijhoff, 1971, pp. 5-8, embora este autor defenda que o asilo só era reconhecido naquelas civilizações em que havia separação entre as autoridades civis e religiosas.

2. A evolução do asilo no século XX

“O navio preparava-se para a partida, qual arca em tempo de dilúvio. E era de facto uma arca de Noé. Qualquer navio que naquele ano de 1942 abandonasse a Europa assemelhava-se a uma arca de salvação. A América era o monte Ararat e o dilúvio ia crescendo sempre. A enchente engolira há muito a Alemanha e a Áustria, atingindo proporções gigantescas na Polónia e em Praga. Amesterdão, Bruxelas, Copenhaga, Oslo e Paris estavam também submersas, as cidades de Itália ruíam e a própria Espanha deixara de ser segura. A costa de Portugal ficara sendo o último refúgio para os emigrantes que acima da pátria e da própria vida colocavam os seus ideais de liberdade, justiça e tolerância. Quem a partir daí não conseguisse alcançar a terra bendita da América estava perdido. Ficaria condenado a uma morte lenta no labirinto de documentos sempre recusados, de impossíveis licenças de trabalho e autorização de permanência no país, de campos de internamento; envolvido nos meandros da burocracia; reduzido à solidão irremediável de desconhecido em terra alheia e à indiferença geral e criminosa com que era olhado o destino de cada homem, consequência inevitável da guerra, do medo e da necessidade. Naquela altura o homem não valia nada: um passaporte válido era tudo”.

Erich Maria Remarque, *Uma Noite em Lisboa*, 1964⁸

Os anos 30 e 40 do século XX correspondem a um momento fundamental para a Europa em que esta foi confrontada com grandes fluxos de refugiados, com tal dimensão e intensidade dramática que provocaram um sobressalto na consciência europeia. Como afirmou Reale, em 1938, os “refugiados políticos, que se contavam às centenas ou aos milhares antes da guerra, contam-se, hoje, às centenas de milhares”⁹. De facto, calcula-se que tenham sido cerca de 30 milhões de refugiados os que, nesta altura, das mais variadas proveniências, cruzaram a Europa¹⁰.

Ainda durante a Primeira Guerra Mundial, na sequência da Revolução russa de 1917, foram condenadas ao exílio centenas de milhares de russos, ficando muitos deles privados até de nacionalidade.

⁸ Citação retirada da edição portuguesa, cf. ERICH MARIA REMARQUE, *Uma Noite em Lisboa*, Mem-Martins, Europa-América, 1976 (data da primeira edição: 1964).

⁹ Cf. EGIDIO REALE, “Le droit d’asile”, in AAVV, *Recueil des Cours*, 1938, p. 584.

¹⁰ Cf. GÉRARD NOIRIEL, *La Tyrannie du National: Le Droit d’Asile en Europe (1793-1993)*, Paris, Calmann-Lévy, 1991, p. 118; MICHAEL MARRUS, *The Unwanted: European Refugees in the Twentieth Century*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1985, p. 297.

Mais tarde, na sequência do primeiro grande conflito mundial do século passado, o Tratado de Versalhes de 1919 tentou definir uma nova ordem na Europa, traçando fronteiras capazes de satisfazer as aspirações nacionais que se faziam sentir ao tempo. Naturalmente, esta opção veio a criar graves problemas às minorias que não se identificavam com a nação criada. Surgiu, assim, um problema gravíssimo de sucessão de Estados e de adequação das antigas nacionalidades aos novos Estados. A muitas pessoas foi dada a possibilidade de escolher a nação onde queriam viver e de se mudarem para o seu território ou de manterem a antiga nacionalidade nos territórios entretanto anexados a novas nações¹¹.

Mesmo tendo previsto e acautelado a situação e o estatuto das minorias nacionais que não foi possível assimilar pelos novos Estados e mesmo tendo criado uma organização, a Sociedade das Nações, encarregada de velar pelo seu cumprimento efectivo, nada pôde impedir grandes movimentações de refugiados nos anos que se seguiram à Primeira Guerra Mundial. Eram pessoas que passaram a ser perseguidas nos seus países de origem ou que, simplesmente, ficaram sem pátria, na sequência dos arranjos conseguidos no fim da Primeira Guerra Mundial. Não cabiam em nenhuma das categorias legais e políticas que resultaram do trabalho diplomático do Pós-Guerra.

A maioria dos refugiados que foram forçados a deslocar-se na sequência da Primeira Guerra Mundial não cabe no conceito de refugiado político. Apenas estão no meio de um complexo processo de perdas e reaquisições de nacionalidade que seguiu os acordos de Paz de 1919/1920, nos quais foi impossível prever as situações de todas as pessoas envolvidas. Ou então fogem de conflitos armados, como as guerras do Cáucaso (1918-1921) ou a guerra heleno-turca (1919-1922). Eram populações inteiras que se deslocavam desprovidas de nacionalidade, de bens, de tudo. Os refugiados das primeiras décadas do século XX são, por isso, uma massa heterogénea de pessoas de nacionalidades, raças, religiões e estatuto sócio-económico diferentes.

Nos anos 30, muitos acreditaram que o tempo dos grandes fluxos de refugiados acabara. O aparecimento de regimes fascistas na Itália e, depois, na Alemanha veio, no entanto, originar mais refugiados. Os primeiros dissidentes do regime instaurado por Mussolini, em 1922, estavam, no entanto, muito mais próximos do perfil dos refugiados do século XIX – personalidades que pertenciam às elites política, académica, social, que se opunham aos regimes instaurados e que sentiam, por isso, necessidade de fugir e de esperar no estrangeiro o momento do regresso.

¹¹ Sobre este problema, cf. BARBOSA DE MAGALHÃES, *Os Direitos Fundamentais do Homem sob o Ponto de Vista Internacional*, Lisboa, Seara Nova, 1951, p. 9.

Na Alemanha, com a chegada de Hitler ao poder em 1933, são adoptadas medidas que obrigam largas dezenas de milhares de pessoas a fugirem, entre socialistas, comunistas, pacifistas, simples opositores ao regime e, especialmente, judeus. Em Setembro de 1935, as célebres medidas de Nuremberga retiraram aos judeus a cidadania alemã. E, a partir daí, o novo “êxodo” dos judeus foi sempre crescendo até ter assumido proporções catastróficas nos anos 1938 (data da aneção da Áustria) e 1939. Em 1941, a saída dos judeus deixou de ser consentida.

Nem todos os judeus vinham da Alemanha, mas também da Polónia, da Hungria e da Roménia. Também na Rússia, sob o regime de Estaline, foi intensificada a perseguição política, o que deu origem a uma onda de refugiados. Outros regimes autoritários obrigaram algumas pessoas ao exílio, entre os quais, o português¹².

A força destes movimentos fez com que as portas de alguns países se tenham fechado. Mesmo na França, na Suíça e na Grã-Bretanha, países até aí considerados liberais e acolhedores, foi-se sentindo uma saturação em relação aos fluxos de refugiados¹³.

Portugal veio a ter um papel importante na rota dos refugiados alemães, sendo Lisboa por alguns considerada a capital de refugiados da Europa. A cidade funcionava, fundamentalmente, como uma ponte para a América. Era tida como uma “fronteira fácil”, quando comparada com outras fronteiras europeias e, apesar das suspeitas de que a GESTAPO tivesse aqui uma *longa manus*, Lisboa

¹² Cf. JOHN HOPE, *The Refugee Problem: Report of a Survey*, Londres, Oxford University Press, 1939, pp. 169-171. A Guerra Civil espanhola e o regime que se instaurou a seguir obrigou mais de 100 mil espanhóis a fugirem da pátria. A posição de Portugal face a estes refugiados não foi a mais consentânea com o princípio da não-extradição por crimes políticos, e, apesar de este estar previsto na Convenção com a Espanha sobre a extradição, as autoridades portuguesas entregaram, por diversas vezes, combatentes republicanos que se acolheram em Portugal ao exército nacionalista para serem, depois, muitas vezes, executados por aquele exército. Cf. JOSÉ MAGALHÃES GODINHO, *O Asilo Político e a Extradição*, Lisboa, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, 1973, pp. 9 e ss.

¹³ Sobre o papel da França no acolhimento de refugiados entre as duas guerras, cf. CLAUDE NOREK e FRÉDÉRIQUE DOUMIC-DOUBLET, *Le Droit d'Asile en France*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, pp. 21 e ss. A Suíça, que durante muito tempo e graças à sua posição de neutralidade foi vista como um paraíso para os refugiados, foi responsável por uma medida discriminatória em relação aos refugiados judeus. Entre suíços e alemães havia um acordo que dispensava os vistos. Este acordo não abrangia, no entanto, os austríacos. Como, a seguir ao *Anschluss*, estes passaram a ter passaportes alemães, as autoridades suíças, para permitir o controlo dos refugiados alemães sem quebrar este acordo, sugeriram que os passaportes dos não-arianos fossem marcados com um “J” a vermelho que permitisse distingui-los. A devolução dos refugiados ao país autor da perseguição era uma prática comum na Suíça. Cf. MICHAEL MARRUS, *The Unwanted: European Refugees in the Twentieth Century*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1985, pp. 157 e 255. Sobre a tendência anti-semita da política de refugiados suíça, cf. ainda LORIANA PARINI, *La Politique d'Asile en Suisse: Une Perspective Systémique*, Montréal, L'Harmattan, 1997, pp. 87 e ss.

era, apesar de tudo, um lugar que oferecia aos refugiados paz. Portugal não se assumiu como uma terra de asilo, mas permitia, por razões humanitárias, que se fizesse do seu território terra de trânsito para outros destinos¹⁴.

Em matéria de protecção jurídica aos refugiados, no período entre as duas guerras mundiais, assistimos a importantes avanços nesta área. A conjuntura política internacional a isso obrigou.

O problema dos refugiados foi, naturalmente, objecto de ponderação por parte da Sociedade das Nações. Antes de mais, em 1921, a pedido do Comité Internacional da Cruz Vermelha, tentou encontrar-se uma solução para mais de um milhão de pessoas que se encontravam nos países limítrofes da Rússia, a maior parte delas sem documentos de identidade, fugidas da guerra civil. Foi, por isso, criado, em 1921, o Alto Comissariado para os Refugiados¹⁵.

No que se refere aos avanços na elaboração de um estatuto para os refugiados políticos, em 1928, esboçou-se uma primeira carta relativa ao estatuto

¹⁴ A importância de Lisboa como etapa da rota de fuga de muitos perseguidos só aconteceu no final dos anos trinta, depois do fim da Guerra Civil em Espanha. Até aí, os destinos normais dos refugiados eram a França, a Holanda e a Checoslováquia. Chegavam aqui depois de atravessarem Espanha ou, mais raramente, por via aérea de Londres ou por via marítima. Alguns conseguiram prosseguir para a América antes de chegarem a Portugal, através dos portos de Sevilha e de Cádiz. Entre nós, beneficiaram da assistência da comunidade judaica, organizada sobretudo na “Comissão Portuguesa de Assistência aos Judeus-Refugiados”, para lhes facilitar a passagem para a América. Calcula-se que, em Agosto de 1940, Lisboa albergasse 11 mil refugiados. Em Dezembro, seriam 8 mil, número cuja grandeza dependia, fundamentalmente, da capacidade de transporte destes refugiados para a América. Ao todo, pelo nosso país terão passado cerca de 100 000 refugiados. Com o avanço da guerra e com a entrada da América no palco das operações militares, o número de barcos capazes de assegurar o transporte diminuiu e as estadas em Lisboa tornaram-se cada vez mais longas. De modo a evitar grandes congestionamentos em Lisboa, muitos refugiados foram mantidos nas Caldas da Rainha, na Curia e na Ericeira. Por aqui passaram escritores famosos, como Heinrich Mann, Stephan Zweig e Ilse Losa e pintores, como Hein Semke e Max Braumann. Nomes como o de Aristides Sousa Mendes, recentemente recuperados na memória nacional, têm lugar nos estudos sobre os problemas de refugiados deste tempo, destacando-se como figuras de proa na defesa dos refugiados mesmo contra os respectivos governos, cansados e assustados pela dimensão e pelo impacto que as massas de migrantes assumiam nesta altura. Para mais desenvolvimentos, cf. PATRIK VON MÜHLEN, *Fluchtweg Spanien-Portugal: Die deutsche Emigration und der Exodus aus Europa 1933-1945*, Bonn, J. H. W. Dietz Nachf., 1992; MALCOLM PROUDFOOT, *European Refugees 1939-52: A Study in Forced Population Movement*, Londres, Faber and Faber, s/d, pp. 56 e ss.; MICHAEL MARRUS, *The Unwanted: European Refugees in the Twentieth Century*, Nova Iorque, Oxford University Press, 1985, pp. 203-206 e 258-265.

¹⁵ Fridtjof Nansen, norueguês, cientista, conhecido pelas suas expedições no Pólo Norte, foi nomeado para o cargo de Comissário. O nome deste Homem haveria de ficar para sempre ligado à história dos refugiados, sobretudo através do chamado “Passaporte Nansen”, criado para permitir aos apátridas e aos refugiados, impossibilitados de obterem documentos de viagem junto dos seus países de origem, deslocarem-se, além de ter promovido o repatriamento de muitos refugiados e o seu acolhimento em alguns países, em particular na França, que sofrera importantes baixas com a Guerra.

dos refugiados num arranjo, sob a forma de uma resolução da Assembleia da Sociedade das Nações¹⁶. Este não chegou, no entanto, a ser aplicado pelos Estados signatários. Em 1933, deu-se um passo importante na Europa, com a Convenção de 28 de Outubro de 1933 sobre o estatuto dos refugiados abrangidos pelos arranjos de 1926 e 1928. Aqui se proibiu a expulsão dos refugiados para os países onde estes alegavam sofrer perseguição. As Partes Contratantes comprometeram-se igualmente a não afastar do território os refugiados autorizados a residir aí regularmente, a menos que essa medida fosse ditada por razões de segurança pública ou de ordem pública. Esta Convenção foi ratificada por poucos Estados¹⁷ e o pequeno número de países que aderiu ou ratificou fê-lo com reservas que restringiam consideravelmente a sua dimensão e eficácia¹⁸. Em Julho de 1936, numa Conferência Intergovernamental que se realizou em Genebra, conseguiu-se um arranjo provisório que previu a criação de documentos para os refugiados e o reconhecimento a estes de algumas garantias. Ainda numa outra Convenção de Genebra sobre Refugiados vindos da Alemanha de 1938 se definiu um estatuto jurídico para os refugiados, com uma amplitude menor do que a prevista na Convenção de 1933 para os refugiados russos, arménios e similares¹⁹.

Com o eclodir da guerra, todas estas tentativas, que não passaram nunca além da protecção pontual de grupos determinados e definidos²⁰, ficaram sem efeito e seria preciso esperar pelo fim da Segunda Guerra Mundial para que se voltassem a discutir as questões do asilo e do estatuto jurídico dos refugiados.

Nos anos que se seguiram à Segunda Guerra Mundial, deram-se novos e importantes movimentos de refugiados na Europa, causados, principalmente, por conflitos internacionais, pela desintegração dos impérios coloniais, pela criação de Estados multiétnicos e pela propagação de regimes comunistas.

De alguns países europeus, entre os quais Portugal e Espanha, os movimentos eram fundamentalmente de saída. Outros países, no entanto, tiveram uma função de acolhimento, de entre os quais se destacam a Alemanha e a França.

¹⁶ Sobre o conteúdo deste, cf. EGIDIO REALE, “Le droit d’asile”, in AAVV, *Recueil des Cours*, 1938, p. 567.

¹⁷ Bélgica, Bulgária, Checoslováquia, Dinamarca, França, Grã-Bretanha, Itália e Noruega, e foi também assinada, mas não ratificada, pelo Egipto. Mais tarde aderiram também a Estónia, a Finlândia, a Grécia, a Lituânia, a Suécia, a Suíça, os Estados Unidos da América e o Iraque. Cf. ROBERT BECK, “Britain and the 1933 Refugee Convention: National or state sovereignty”, in *IJRL*, 1999, p. 600, nota 13.

¹⁸ Cf. EGIDIO REALE, “Le droit d’asile”, in AAVV, *Recueil des Cours*, 1938, p. 571.

¹⁹ A Convenção de 1939 foi assinada pela Bélgica, pela Dinamarca, pela França, pela Grã-Bretanha, pela Holanda, pela Noruega e pela Espanha, mas só foi ratificada por três destes Estados: Bélgica, Grã-Bretanha e França. Cf. ROBERT BECK, “Britain and the 1933 Refugee Convention: National or state sovereignty”, in *IJRL*, 1999, p. 600, nota 13.

²⁰ Em 1937 foi apresentado pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros da Argentina, Saavedra Lamas, um projecto relativo à prática de asilo interno e externo, mas que não surtiu qualquer efeito.

Nos primeiros anos subsequentes ao fim da Guerra, não é possível distinguir bem os movimentos de refugiados de outros movimentos migratórios motivados por razões económicas. A carência de mão-de-obra que se fazia sentir nos países mais afectados pela guerra fazia com que todos os imigrantes fossem bem-vindos e tornava desnecessária a invocação de perseguição como motivo que determinou a fuga. Assim, muitos pedidos de asilo não chegavam a ser formalmente apresentados, já que a obtenção de uma autorização de permanência como imigrante era simples e acessível e, mesmo nos casos em que o estatuto de refugiado era pedido e recusado, raramente a decisão de expulsão era aplicada²¹.

As maiores vagas de refugiados políticos que chegavam à Europa vinham do Leste, de Estados comunistas: Checoslováquia, Polónia, Hungria e Jugoslávia.

Foi, no entanto, nesta altura que se deram os mais importantes passos no sentido de garantir protecção jurídica efectiva aos refugiados. Esta protecção foi sendo conquistada a dois níveis. Dentro das ordens jurídicas nacionais de diversos Estados e através de instrumentos internacionais. Ao nível estadual deu-se a consagração do direito de asilo nas ordens jurídicas nacionais, algumas vezes sob a forma de direito fundamental. A nível internacional, foram também dados grandes passos no sentido de garantir protecção a todos aqueles que, no futuro, viessem a ser vítimas de perseguição por razões semelhantes àquelas que, até aí, se tinham verificado na Europa – religiosas, políticas, raciais e étnicas – e também de desenvolver um estatuto jurídico para os refugiados que fosse respeitado por todas as nações. Os avanços deram-se tanto através de instrumentos internacionais de carácter geral – entre os quais cumpre destacar a Declaração Universal dos Direitos de Homem (DUDH) e a Convenção de Genebra sobre o Estatuto do Refugiado –, como através de vários instrumentos de carácter regional.

2.1. Declaração Universal dos Direitos do Homem

Na grande carta proclamatória dos direitos humanos, a questão da inclusão do asilo no seu elenco não foi pacífica. Muitos Estados entendiam que o asilo não devia figurar naquele documento, já que aquilo que a Carta pretendia era afirmar os direitos que, numa sociedade ideal, deveriam ser respeitados e o direito de asilo parte sempre de uma situação de violação de direitos humanos

²¹ Cf. HELMUT QUARITSCH, *Recht auf Asyl*, Berlim, Dunckler & Humbolt, 1985, p. 39; FRÉDÉRIC THIBERGIEN, “L’asile politique et les problèmes voisins depuis la Seconde Guerre mondiale: Aspects historiques et juridiques – Action des Nations unies et des grands pays”, in Janine Chanteur e outros (eds.), *Droit d’Asile Devoir d’Accueil*, Lonrai, Desclé de Browver, 1995, p. 32. Os emigrantes portugueses em França e na Alemanha, como veremos abaixo, mesmo quando se encontravam em situação de exílio, não recorriam ao instituto do asilo para se poderem acolher nesses países, pois conseguiam regularizar a sua situação sem recurso ao procedimento de asilo.

fundamentais de uma pessoa, carente, por isso, de protecção de um outro Estado que não aquele da sua nacionalidade ou residência.

Apesar de toda a polémica, a DUDH viria a integrar o direito de asilo no seu artigo 14.º, com uma formulação mitigada. A proposta mais arrojada era no sentido de consagrar o direito de toda a pessoa perseguida de buscar e de lhe ser garantido asilo. A redacção final do artigo consagra, no entanto, apenas o direito de buscar e de beneficiar de asilo, ao mesmo tempo que exclui do domínio dos seus beneficiários todos aqueles que tiverem praticado actividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas ou que sejam acusados de um crime de direito comum.

A DUDH não é um instrumento vinculativo e, como vimos, pela redacção final que veio a ser dada ao artigo 14.º, mesmo que o fosse, não se poderia nela ancorar o dever dos Estados de concederem asilo.

Quanto ao direito declarado de buscar asilo, nada acrescenta ao direito de livre circulação, ao direito de abandonar o país em que se encontra, consagrado no artigo 13.º, n.º 2, do mesmo documento.

O direito de beneficiar de asilo sugere que a decisão de um Estado de conceder asilo deve ser respeitada pelos seus pares. Esta ideia veio a ser, aliás, posteriormente, desenvolvida pelas Nações Unidas, nomeadamente na Declaração sobre Asilo Territorial de 1967²².

Relativamente ao âmbito subjectivo do direito de asilo referido na DUDH, é curioso observar que este é definido só pela negativa, excluindo quem, em consequência de actividades graves, não pode beneficiar da protecção que o asilo concede.

Muitos dos direitos consagrados na DUDH foram depois desenvolvidos nos Pactos Internacionais relativos aos Direitos Cívicos e Políticos e aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Com o direito de asilo o mesmo não aconteceu.

2.2. Convenção de Genebra de 1951 e Protocolo de Nova Iorque

A Convenção de Genebra de 1951 não consagra o direito de asilo, mas é, paradoxalmente, o instrumento jurídico mais importante até hoje criado para a protecção dos refugiados.

De facto, a Convenção de Genebra foi criada para definir o estatuto jurídico dos refugiados e do seu conteúdo destacam-se quatro aspectos importantes e inovadores.

²² Na Declaração, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de Dezembro de 1967, pode ler-se: “a concessão de asilo por um Estado a pessoas que tenham direito a invocar o artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem é um acto pacífico humanitário e que, como tal, não pode ser considerado um acto hostil por nenhum outro Estado”.

Em primeiro lugar, a definição de quem é refugiado. No artigo 1.º-A, o refugiado é definido como uma pessoa “que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude do dito receio, não queira pedir a protecção daquele país”.

No artigo 1.º-C, definem-se quais as situações que, uma vez verificadas, determinam a exclusão do âmbito de protecção da Convenção e, no artigo 1.º-F, as que determinam a perda daquele estatuto. Os Estados, nos termos do artigo 1.º-B, poderiam optar, no momento da assinatura, ratificação ou adesão à Convenção de Genebra, por restringir a aplicação da Convenção aos refugiados que fossem vítimas de acontecimentos ocorridos só na Europa ou também fora desta. O Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967, adicional à Convenção de Genebra, veio a eliminar da definição do âmbito subjectivo contida no artigo 1.º-A a referência à restrição temporal acima referida. Assim, actualmente, cabem na definição de refugiado todos aqueles que recebem com razão ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, pertença a certo grupo social ou das suas opiniões políticas.

Outro importante avanço consistiu na proibição da devolução ou, na terminologia francesa universalizada, do *refoulement* dos refugiados para o(s) país(es) onde alegam ser vítimas de perseguição (artigo 33.º, n.º 1). Não tendo sido possível a consagração de um direito de obter protecção com o correspondente dever de acolhimento por parte dos Estados, o sucedâneo de protecção que foi possível criar foi este: o da protecção face ao *refoulement*, que apenas garante ao refugiado que este não poderá ser expulso “para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas” (artigo 33.º, n.º 1, *in fine*). A proibição do *refoulement* não é, no entanto, absoluta, podendo o Estado invocar razões de segurança pública para proceder à devolução, nos termos do artigo 33.º, n.º 2, da mesma Convenção.

Em terceiro lugar, a Convenção de Genebra procede ao reconhecimento de um estatuto aos refugiados. Este é o objecto dos artigos 12.º a 29.º da Convenção de Genebra, onde, por referência aos direitos reconhecidos em cada nação aos nacionais e estrangeiros, se definem os direitos dos refugiados à propriedade, ao exercício de profissão, à habitação, à educação, *etc.*

Em quarto lugar, a Convenção de Genebra proíbe, no artigo 31.º, a perseguição criminal em relação a quem entre ou se encontre ilegalmente num Estado, vindo directamente do território onde a sua vida ou a sua liberdade estavam ameaçadas. Significa isto que o facto de determinada pessoa ser refugiada de acordo com a definição dada pela própria Convenção exclui a ilicitude que possa ter existido na forma como entrou no país, como, por exemplo, a falsificação dos

documentos de entrada e de permanência, desde que o refugiado se apresente sem demora às autoridades e lhes exponha razões consideradas válidas para a sua entrada ou permanência irregulares (artigo 33.º, n.º 1, *in fine*).

3. O início da crise do asilo na Europa nos anos 70 do século XX

A partir de meados dos anos setenta, o ritmo de crescimento económico abrandou na Europa e as fronteiras começaram, conseqüentemente, a fechar-se à imigração estrangeira e, com isto, os pedidos de asilo começaram a aumentar significativamente, como única possibilidade de aceder ao território, face às políticas de bloqueio à imigração, mais conhecidas pelo lema político da “imigração zero”²³. Ao mesmo tempo, o número de refugiados no mundo não parou de crescer, até porque ficaram facilitadas as deslocações intercontinentais. Devido a estes factores, os sistemas administrativos montados para dar resposta aos pedidos de asilo começaram a entrar em colapso. Paralelamente, mudou também a proveniência dos requerentes de asilo, passando a vir maioritariamente de quadrantes geográficos e culturais mais distantes: da Ásia, por força dos diversos conflitos armados que aí se fizeram sentir, da África, em virtude da descolonização, dos conflitos interétnicos e civis e da anarquia generalizada que se instalou em algumas partes do continente africano. Nas últimas décadas do século XX, estes factos fazem com que a presença de estrangeiros na Europa passe a ser vista com muita apreensão.

Mais tarde, o desaparecimento do bloco de Leste veio abalar profundamente os fundamentos que sustentavam o direito de asilo na Europa. Durante a Guerra Fria, existiam interesses de ordem ideológica e geopolítica claramente definidos para cada um dos Estados que determinavam interesse da parte destes em acolherem refugiados originários de países comunistas e vice-versa. Com o fim da Guerra Fria, os interesses dos Estados no acolhimento dos refugiados tornaram-se muito menos claros. O interesse estratégico do instituto do asilo desapareceu. Os únicos fundamentos que parecem restar, hoje, ao asilo são, por um lado, a promoção do respeito pelos direitos humanos e, por outro, a necessidade demográfica de equilibrar as pirâmides etárias, de modo a travar o processo de

²³ Relativamente à Alemanha, cf. HELMUT QUARITSCH, *Recht auf Asyl*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1985, p. 41; relativamente à França, cf. FRÉDÉRIC THIBERGIEN, “L’asile politique et les problèmes voisins depuis la Seconde Guerre mondiale: Aspects historiques et juridiques – Action des Nations unies et des grands pays”, in Janine Chanteur e outros (eds.), *Droit d’Asile Devoir d’Accueil*, Lonrai, Desclé de Browver, 1995, p. 39; para uma abordagem mais geral, cf. FRANÇOIS CRÉPEAU, *Droit d’Asile: De l’Hospitalité aux Contrôles Migratoires*, Bruxelas, Bruylant, 1995, p. 20.

envelhecimento das sociedades ocidentais. Ora a questão demográfica é importante e urgente, mas é insuficiente para motivar o Estado a abrir as suas portas às vítimas da perseguição. Uma política de imigração controlada pode revelar-se muito mais eficaz para esse fim. O altruísmo e o respeito dos direitos humanos, por outro lado, também parecem não ser ainda motivação suficiente para incentivar a prática do asilo por parte dos Estados europeus²⁴.

A diminuição da motivação política que existiu durante a Guerra Fria sente-se, assim, não só da parte do Estado de acolhimento, mas também da parte dos próprios refugiados do pós-Guerra Fria que não alegam, muitas vezes, sofrerem perseguição directa por parte das autoridades do seu país de origem, mas ou são ameaçados por parte de grupos cuja actividade o Estado não consegue impedir, ou são vítimas de uma situação de violência generalizada, motivada por conflitos que as autoridades estatais não podem ou não querem controlar, ou são vítimas de catástrofes naturais.

A crescer a estas dificuldades com que se debate, hoje, o direito de asilo, pensado e construído para uma comunidade internacional com características diferentes daquelas que hoje conhecemos, juntam-se dificuldades que decorrem do crescimento constante do número de pedidos de asilo e do colapso dos sistemas nacionais de certos países no tratamento administrativo daqueles pedidos, factos que, não sendo novos, permanecem ainda largamente sem solução.

4. A crise dos refugiados do século XXI

O século XXI – em particular nesta segunda década – tem sido marcado por uma intensa crise do asilo. Por todo o mundo há um aumento do número de pessoas forçadas a deslocar-se. Essas deslocações são, na maior parte das vezes, forçadas por situações de conflito violento nos seus locais de origem. O falhanço de um sistema de prevenção e de resolução rápida de conflitos tem levado a um aumento generalizado do número de refugiados no mundo. Neste momento, a Europa está no centro desta crise de refugiados, tendo verificado, no ano de 2014, um aumento do número de pedidos de asilo de cerca de 50%.

Esta crise não desafia apenas os Estados individualmente considerados, mas a própria União Europeia que, a partir do momento em que aceitou que a fronteira externa da União era uma fronteira comum que a esta competia gerir, chamou a si a gestão deste problema – na qual, manifesta e reconhecidamente, tem falhado.

²⁴ Cf. JULIE MERTUS, “The State and the post-Cold War refugee regime: New models, new questions”, in *IJRL*, 1998, p. 336; ANDREW SHACKNOVE, “From asylum to containment”, in *IJRL*, 1993, pp. 518-519; NIRAJ NATHWANI, “The purpose of asylum”, in *IJRL*, 2000, pp. 365-366.

A ausência de interesses comuns e a existência de diferenças essenciais entre os Estados-membros nestas matérias tem-se revelado, de forma flagrante, ao longo destes últimos anos. Esperemos que o “projecto europeu” não nos desiluda e se prove que a Europa aprendeu as dolorosas lições da sua própria História e as converteu em valores firmes de solidariedade, dando razões à nossa esperança e não desbaratando

*“quanta humanidade eu vou pacientemente juntando,
para que não se perca nas curvas da vida,
onde é tão fácil perdê-la de vista, se a curva é mais rápida”* (Jorge de Sena).

A DÁDIVA DE SANGUE POR HOMENS QUE TÊM RELAÇÕES SEXUAIS COM HOMENS NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

Benedita Mac Crorie^{1 2}

Rita Sousa Costa³

1. Introdução

O tema da dádiva de sangue por homens que têm relações sexuais com homens (HSH) tem vindo a ser discutido em vários ordenamentos jurídicos. Desde o surgir do vírus HIV⁴ os homens que têm relações sexuais com homens têm sido considerados como constituindo um grupo de elevado risco e consequentemente estabeleceram-se em vários países proibições absolutas de dádiva por parte destas pessoas. Apesar disso, pode dizer-se que há hoje uma tendência no sentido de os Estados deixarem de estabelecer proibições absolutas de dádiva, substituindo-as por suspensões meramente temporárias⁵.

¹ O texto que agora se publica teve como ponto de partida a comunicação que foi feita, a convite dos alunos do Mestrado em Direitos Humanos, nas III Jornadas de Direitos Humanos. A colaboração com Rita Sousa Costa surgiu posteriormente, uma vez que, na Licenciatura em Direito, no ano de 2015/2016, decidiu escolher como tema de trabalho o acórdão *Léger*, tendo desenvolvido um notável trabalho de pesquisa e reflexão a partir daquele acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia. Desafiei-a para um trabalho em co-autoria e, desta parceria, resultou o presente texto.

² Benedita Mac Crorie é Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho.

³ Rita Sousa Costa é aluna da Licenciatura em Direito na Universidade do Minho.

⁴ Vírus da imunodeficiência humana.

⁵ Para uma análise comparativa das soluções adoptadas em diferentes países e sua evolução recente, cf. o *Relatório sobre comportamentos de risco com impacto na segurança do sangue e na gestão de dadores*, de 2015, disponível em <http://www2.portaldasaude.pt/NR/rdonlyres/>

Antes do mais e porque o que está aqui em causa é a proibição ou limitação da dádiva de sangue em relação a determinadas pessoas, justifica-se colocar a questão de saber se se pode dizer que há, por parte daqueles que se vêem afastados dessa possibilidade, um direito fundamental a dar sangue.

Na Constituição da República Portuguesa (CRP) talvez pudesse fazer sentido ancorar esse direito no direito ao desenvolvimento da personalidade, previsto no seu artigo 26.º e que tem vindo a ser entendido como o direito de a pessoa escolher livremente o seu destino e de conduzir a sua vida com autonomia e responsabilidade, de acordo com as suas convicções⁶.

A delimitação do conteúdo do direito ao desenvolvimento da personalidade não é consensual, sendo de distinguir entre uma “concepção ampla” e uma “concepção restrita” do seu âmbito de protecção. Para a “concepção ampla”, o direito garantirá todas as condutas que possam ser relevantes para a formação da personalidade, mesmo as de menor significado; para a “concepção restrita”, este direito deve limitar-se a proteger as condutas que sejam manifestação da “essência” da personalidade⁷.

Pensamos que na nossa ordem jurídica fará mais sentido seguir uma concepção ampla, não se devendo limitar a protecção conferida pelo direito ao desenvolvimento da personalidade às actuações que se revistam de particular relevância para o desenvolvimento da personalidade⁸, sobretudo porque as opiniões poderão divergir consideravelmente quando se trata de decidir o que é ou não insignificante para o desenvolvimento da personalidade⁹. Ao balizarmos a protecção concedida pelo direito a “uma esfera de vida pessoal mais próxima” deparamo-nos inevitavelmente com a dificuldade de determinar o que deve caber nessa esfera e o que dela deve ser excluído¹⁰.

4B5AE8DD-9128-4308-9830BFA86 D6DA78B/0/RelCompRiscoSegSangue.pdf [30.05.2016], pp. 32 e 33.

⁶ Cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”: Ensaio Sobre um Caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 127. No acórdão n.º 288/98, relativo ao referendo sobre a interrupção voluntária da gravidez, o TC diz precisamente que o direito ao desenvolvimento da personalidade compreende “a autonomia individual e a autodeterminação” e confere “a cada um a liberdade de traçar o seu próprio plano de vida”. Texto disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980288.html> [30.05.2016].

⁷ Cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”: Ensaio Sobre um Caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*, cit., pp. 78-80.

⁸ Nesse sentido, cf. PAULO MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, in AAVV, *Portugal-Brasil Ano 2000: Tema Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, pp. 168-171 e 199.

⁹ Cf. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3.ª ed., Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1996, pp. 324 e 325.

¹⁰ Cf. PAULO MOTA PINTO, “O direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, cit., p. 170. Esta parece ser também a concepção seguida pelo Tribunal Constitucional Português (TC) no

Assim, partindo de uma concepção ampla do direito ao desenvolvimento da personalidade, parece ser de considerar que a pretensão de dar sangue poderá estar compreendida, pelo menos em algumas situações, no âmbito de protecção deste direito, ainda que tal não exclua, evidentemente, que possa haver razões jurídico-constitucionais que justifiquem a sua restrição. Aliás, quanto mais abrangente se entenda ser o âmbito de protecção de um direito, mais frequentes serão as restrições a que necessariamente estará sujeito, de modo a conviver com outros direitos constitucionalmente previstos com os quais possa conflitar.

Mas, independentemente de se considerar que quem pretende dar sangue é titular de um direito fundamental a fazê-lo, é evidente que o Estado está vinculado, em toda a sua actuação, a respeitar o princípio da igualdade e da não-discriminação. Este é um princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico, previsto no artigo 13.º da CRP e que decorre do próprio princípio do Estado de Direito¹¹, estando também consagrado em diferentes instrumentos internacionais a que o Estado português está vinculado¹². Por outro lado ainda, o Estado deve respeitar o princípio da proporcionalidade¹³, tendo de haver um

acórdão n.º 6/84, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840006.html> [30.05.2016], no qual se apreciava a eventual inconstitucionalidade da norma que sujeitava o pessoal adstrito ao Regulamento dos Transportes em Automóveis a apresentar-se em serviço “devidamente uniformizado e barbeado”. Neste acórdão, o TC entendeu não se estar perante o direito à imagem mas sim face ao direito à determinação da aparência externa, incluído no direito geral de personalidade, constitucionalmente garantido. O facto de o Tribunal considerar que o direito ao desenvolvimento da personalidade constituiu norma relevante no caso parece implicar a defesa de uma concepção ampla deste direito. Nesse sentido, cf. também NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *O Direito Geral de Personalidade e a “Solução do Dissentimento”: Ensaio Sobre um Caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*, cit., pp. 83 e 84.

¹¹ Sobre este princípio, cf. entre nós mais desenvolvidamente, JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004; MARIA DA GLÓRIA FERREIRA PINTO, *Estudos sobre o Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, 2005; MARIA LÚCIA AMARAL, “O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004; MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

¹² Como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, do Pacto Internacional sobre Direitos Económicos Sociais e Culturais, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, da Carta Social Europeia Revista e ainda da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

¹³ Sobre este princípio, ver entre nós mais desenvolvidamente, ANABELA LEÃO, “Notas sobre o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso”, in AAVV, *Estudos em Comemoração dos Cinco Anos da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001; JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, cit.; MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República*, cit.; VITALINO CANAS, “Proporcionalidade (princípio da)”, in DJAP, vol. 6, 1994; VITALINO CANAS, “O princípio da proibição do excesso na Constituição: Arqueologia e aplicações”, in AAVV, *Perspectivas Constitucionais, Nos 20 anos da Constituição de 1976*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.

equilíbrio entre as vantagens obtidas por todos através de determinada medida e as desvantagens que essa mesma medida cause a todos ou a alguns membros da comunidade, neste caso os HSH. Tal significa que a proibição ou limitação de dar sangue apenas deve acontecer na estrita medida do necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, neste caso dos beneficiários da transfusão.

Consequentemente, torna-se fundamental avaliar se o estabelecimento dessas proibições ou limitações no que se refere à dádiva de sangue por HSH respeita as exigências do princípio da igualdade, tendo na sua base um fundamento objectivo razoável ou se, pelo contrário, se traduz num tratamento discriminatório de uma determinada categoria de pessoas¹⁴ e, por outro lado, se obedece às exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade.

É evidente que o que está na base das proibições ou limitações estabelecidas a esta prática é a preocupação de assegurar que o sangue transfundido não está contaminado por qualquer tipo de infecção. Os direitos do receptor do sangue à saúde, à integridade física e, em última instância, até à vida, exigem a garantia da qualidade do sangue e, por isso, coloca-se a questão de saber se, para assegurar essa qualidade, é efectivamente necessária a exclusão dos (homens) homossexuais da dádiva.

O diploma que regulamenta esta matéria em Portugal é o Decreto-Lei n.º 267/2007, de 24 de Julho (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 100/2011, de 29 de Setembro e pelo Decreto-Lei n.º 185/2015, de 2 de Setembro), que estabelece o regime jurídico da qualidade e segurança do sangue humano e dos componentes sanguíneos e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/33/CE, da Comissão, de 22 de Março de 2004¹⁵. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJ) teve já oportunidade de se pronunciar sobre esta matéria no caso *Léger*, que passaremos a analisar em seguida, uma vez que

¹⁴ Estamos neste caso perante uma “categoria suspeita” do n.º 2 do artigo 13.º da CRP, nomeadamente a orientação sexual, o que poderá justificar inclusivamente um escrutínio mais apertado das medidas adoptadas. Maria Lúcia Amaral entende que a margem a atribuir ao legislador deve ser mais ampla quando não esteja em causa uma categoria suspeita, sendo apenas de avaliar se a discriminação é arbitrária, isto é, destituída de um qualquer fundamento objectivo razoável. Cf. MARIA LÚCIA AMARAL, “O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa”, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 50 ss. Esta não é, no entanto, uma posição consensual na doutrina, havendo quem defenda, como é o caso de Jorge Reis Novais, que mesmo nestes casos o controlo levado a cabo pelo Tribunal Constitucional deve ser mais exigente do que um mero controlo do arbítrio, devendo o Tribunal aferir se o tratamento diferenciador respeita critérios de proporcionalidade ou justa medida. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 114 e 115.

¹⁵ Para além das Directivas n.os 2002/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, 2005/61/CE, da Comissão, de 30 de Setembro de 2005, e 2005/62/CE, da Comissão, de 30 de Setembro de 2005.

é muito relevante para a compreensão desta Directiva e, consequentemente, do regime adoptado na nossa ordem jurídica.

2. O caso Léger

Em 29 de Abril de 2009, foi recusada uma dádiva de sangue ao Sr. Geoffrey Léger, colhida no Instituto Francês do Sangue, em Metz. O médico responsável pela colheita fundamentou a sua decisão com base na tabela B, do anexo II, do despacho de 12 de Janeiro de 2009¹⁶. A referida tabela é constituída, respectivamente, por três colunas: “*risque ciblé*”, “*précisions*”, “*CAT ou CI en fonction des réponses*”. Na primeira coluna, é possível encontrar, entre outras, a secção “*transmission d’une infection virale*”, seguida, na segunda coluna, entre outras, pelas secções “*risque d’exposition du candidat au don à un agent infectieux transmissible par voie sexuelle*” e “*homme ayant eu des rapports sexuels avec un homme*”, às quais corresponde, na terceira coluna, a designação “*CI permanente*”. Significa isto que, nos termos do despacho de 12 de Janeiro de 2009, a condição de um homem que tenha tido relações sexuais com um homem é impeditiva a título permanente da dádiva de sangue.

Geoffrey Léger recorreu da decisão para o Tribunal Administratif de Strasbourg, alegando que a tabela B, do anexo II, do despacho de 12 de Janeiro de 2009 violava o disposto na Directiva 2004/33/CE da Comissão, de 22 de Março de 2004, que dá execução à Directiva 2002/98/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no que respeita a determinadas exigências técnicas relativas ao sangue e aos componentes sanguíneos.

O Tribunal Administratif de Strasbourg suspendeu a instância e colocou a seguinte questão prejudicial ao Tribunal de Justiça:

“À luz do anexo III da Directiva 2004/33, a circunstância de um homem ter relações sexuais com outro homem constitui, em si, um comportamento sexual que expõe a pessoa que o adopta ao risco de contrair doenças infecciosas graves transmissíveis pelo sangue, susceptível de justificar uma proibição *permanente* de dádiva de sangue para os indivíduos que tenham tido este comportamento sexual, ou constitui simplesmente, em função das circunstâncias próprias do caso concreto, um comportamento sexual que expõe a referida pessoa ao risco de contrair doenças infecciosas graves transmissíveis pelo sangue, susceptível de justificar uma proibição *temporária* de dádiva de sangue durante um determinado período após o fim do comportamento de risco?” (itálicos nossos).

¹⁶ *Arrêté du 12 janvier 2009 fixant les critères de sélection des donneurs de sang*, disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020104647> [30.05.2016].

Em suma, o órgão jurisdicional de reenvio, com esta questão prejudicial, questiona se o direito da União se opõe a uma legislação nacional que consagra uma proibição permanente da dádiva de sangue por parte de HSH, o que, por outras palavras, significa saber se este comportamento sexual consubstancia uma razão com alicerces válidos para este grupo populacional ver excluída, a título permanente, a sua elegibilidade a ser dador de sangue.

O TJ começa por analisar as considerações do Governo francês e da Comissão Europeia relativamente às divergências linguísticas do anexo III da Directiva 2004/33/CE, consoante a versão linguística de cada Estado-Membro. Com efeito, enquanto as versões portuguesa, inglesa, alemã, dinamarquesa, espanhola, ou italiana, utilizavam a expressão “grande risco”¹⁷, a versão francesa utilizava apenas a expressão “risco”, na parte que se refere aos requisitos de exclusão permanente de um dador de sangue.

O TJ, na senda da sua jurisprudência assente¹⁸, frisou que, nos casos de divergências linguísticas de um mesmo acto normativo europeu, não há nenhuma versão linguística prevalecente relativamente às outras, devendo as disposições conflituantes ser interpretadas em conformidade com a sistemática e a finalidade do diploma¹⁹. Ora, o Anexo III da referida Directiva destrinça as condições de suspensão definitiva das condições de suspensão temporária da dádiva de sangue, pelo que, logicamente, fará sentido que às condições de suspensão definitiva corresponda a presença de um “grande risco” e às condições de suspensão temporária corresponda a presença de um risco menor de contrair doenças infecciosas graves susceptíveis de serem transmitidas pelo sangue.

Ultrapassada esta indeterminabilidade hermenéutica derivada das diferentes fórmulas utilizadas na redacção nas diversas línguas dos Estados-Membros, cumpre tratar de uma outra indeterminabilidade hermenéutica mais problemática, que tem que ver com a densificação de conceitos indeterminados: a Directiva em apreço coloca nos critérios de suspensão definitiva os “indivíduos cujo comportamento sexual os coloque num grande risco de contrair doenças infecciosas graves susceptíveis de serem transmitidas pelo sangue”. O TJ lembra, então, que esta formulação da Directiva abre uma margem de livre apreciação aos Estados-Membros na aplicação da mesma, na medida em que não determina com precisão as pessoas ou a categoria de pessoas abrangidas pela referida suspensão.

¹⁷ Sendo esta a expressão utilizada na versão portuguesa. Noutras línguas: “*high risk*”, na versão inglesa, “*hohes Risiko*”, na versão alemã, “*stor risiko*”, na versão dinamarquesa, “*alto riesgo*”, na versão espanhola, “*alto rischio*”, na versão italiana.

¹⁸ Cf. jurisprudência citada no acórdão (*Cricket St Thomas*, proc. C-372/88; *Kurcum Metal*, proc. C-558/11; e *Ivansson*, proc. C-307/13).

¹⁹ Neste sentido, cf. STEFAN GRUNDMANN & KARL RIESENHUBER, “Die Auslegung des europäischen Privat- und Schuldvertragsrecht”, in *Juristische Schulung*, 2001, pp. 529-536.

A tarefa do TJ passa agora por analisar se a circunstância de um homem ter relações sexuais com outro homem, enquanto contra-indicação para a dívida de sangue nos termos do direito francês, cabe nas balizas hermenêuticas da presença de um “grande risco”, prevista no Anexo III da Directiva, e se, simultaneamente, é respeitadora dos direitos fundamentais reconhecidos pela União Europeia. O Tribunal começa, assim, por afirmar que, uma vez que o Despacho de 12 de Janeiro de 2009, no seu preâmbulo, se refere à Directiva 2004/33/CE, está a aplicar o direito da União e, como tal, deverá respeitar a Carta dos Direitos Fundamentais da UE (CDFUE), nos termos do seu artigo 51.º.

Para o TJ, está em causa um conflito entre uma discriminação com base na orientação sexual, consagrada no artigo 21.º da CDFUE, e a protecção da saúde (dos receptores de sangue), consagrada no artigo 35.º do mesmo diploma²⁰. Assim sendo, cabe averiguar se estarão preenchidos os requisitos que legitimam uma restrição aos direitos fundamentais da CDFUE²¹, consagrados no artigo 52.º, n.º 1. De seguida, é necessário que, na observância do princípio da proporcionalidade, tais restrições sejam necessárias e correspondam efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.

Ora, os primeiros elementos trazidos à colação pelo Governo francês e pela Comissão com vista a empreender o teste do artigo 52.º da CDFUE são os dados estatísticos que concernem à situação epidemiológica em França. Segundo os dados fornecidos pelo Institut de Veille Sanitaire, 48% das novas contaminações pelo HIV, entre 2003 e 2008, resultaram de relações sexuais da população HSH e a incidência global da infecção pelo HIV baixou na população heterossexual, mas o mesmo não sucedeu na população HSH. Ademais, esta população tinha uma taxa de incidência de 1% ao ano, 200 vezes superior à taxa de incidência da população heterossexual. Já segundo os dados do European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC)²², França é o Estado-Membro com mais HSH infectados pelo vírus do HIV.

A este quadro epidemiológico em França, acrescenta-se o facto de, no estado actual da ciência, e no que diz respeito à despistagem de doenças infecciosas graves passíveis de serem transmitidas pelo sangue, existir um “período de janela”, *i.e.*, um período inicial da infecção em que os marcadores biológicos utilizados na despistagem de doenças transmissíveis pelo sangue permanecem

²⁰ Cf. considerando n.º 54.

²¹ Cf. ROBERT SCHÜTZE, *An Introduction to European Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 100.

²² O relatório referenciado é o seguinte: *Men who have sex with men (MSM), Monitoring implementation of the Dublin Declaration on Partnership to Fight HIV/AIDS in Europe and Central Asia: 2012 progress*, publicado em Outubro de 2013.

negativos²³. Esta “janela” varia de acordo com as tipologias da infecção e do teste empreendido para a detectar²⁴.

O TJ, no seu considerando n.º 65, determina que o critério fundamental do teste da proporcionalidade é o dos “métodos menos restritivos”. Neste sentido, a suspensão permanente da dádiva de sangue para toda a população HSH apenas passará o teste da proporcionalidade se não existirem métodos menos restritivos que assegurem uma ampla protecção da saúde dos receptores.

Por fim, o TJ conclui que, embora a suspensão permanente da dádiva de sangue a HSH possa constituir uma restrição discriminatória em função da orientação sexual, na medida em que impede que as populações homossexual e bissexual masculinas possam dar sangue, tal restrição pode, no entanto, ser justificada se, com base em conhecimentos e em dados médicos, científicos e epidemiológicos actuais, se demonstre que tal comportamento sexual coloca os receptores da dádiva em grande risco de contrair doenças infecciosas graves que possam ser transmitidas pelo sangue e, simultaneamente, não existam técnicas eficazes de detecção das mesmas, competindo ao tribunal nacional verificar se essas condições se encontram preenchidas no Estado-Membro em causa²⁵.

É verdade que o TJ poderia ter ido mais longe, declarando que o direito da União se opõe a uma legislação nacional que suspenda permanentemente HSH da dádiva de sangue sem mais, seja para protecção dos HSH, seja por ser exigível aos Estados-Membros que, independentemente dos sacrifícios económicos, promovam sempre as mais altas medidas de protecção dos receptores de sangue. Ainda assim, na nossa perspectiva, a decisão não é desafortunada e, aliás, até é bastante exigente: se os tribunais nacionais cumprirem rigorosa e escrupulosamente, no respeito pelos princípios e valores da UE, os critérios cumulativos – (i) decidir com base em conhecimentos e em dados médicos, científicos e epidemiológicos actuais, e (ii) verificar a existência de técnicas eficazes de detecção de doenças infecciosas graves ou, na falta dessas técnicas, métodos menos restritivos do que tal contra-indicação – necessários para uma suspensão permanente da dádiva de sangue por parte de HSH passar no crivo do teste da proporcionalidade, então só em ultimíssimo reduto é que será permissível suspender permanentemente HSH. A decisão do TJ deverá ser, por isso, interpretada no sentido de que a suspensão permanente de HSH não é permissível, a menos

²³ Cf. J. EPSTEIN *et al.*, “A shared regulatory perspective on deferral from blood donation of men who have sex with men (MSM)”, in *Vox Sanguinis: The International Journal of Transfusion Medicine*, vol. 104, n.º 4, 2014, p. 416.

²⁴ Cf. THO D. PHAM & SUSAN A. GALEL, “Testing for pathogens in donors”, in Toby L. Simon *et al.* (eds.), *Rossi's Principles of Transfusion Medicine*, 5.ª ed., Oxford, Wiley Blackwell, 2016, pp. 626 e 629.

²⁵ Considerando n.º 69.

que estejamos perante um caso limite (isto é, com base nos exigentes critérios de análise providenciados, se conclua que essa é a única forma de salvaguardar a protecção da saúde dos receptores).

3. Quadro legal vigente no ordenamento jurídico português

Vamos então passar agora à análise do quadro legal vigente nesta matéria na ordem jurídica portuguesa. Como já referimos, o diploma que a regulamenta é o Decreto-Lei n.º 267/2007, de 24 de Julho (com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 100/2011, de 29 de Setembro e pelo Decreto-Lei n.º 185/2015, de 2 de Setembro) e transpõe para a ordem jurídica interna, na parte que para nós releva, a já mencionada Directiva n.º 2004/33/CE.²⁶

No Anexo VII do Decreto-Lei estabelecem-se os critérios de elegibilidade de dadores de sangue, estando definitivamente suspensos enquanto dadores de dádivas homólogas²⁷ os “indivíduos cujo comportamento sexual os coloque em grande risco de contrair doenças”.

Já quanto aos critérios de suspensão temporária de dadores de dádivas homólogas, este diploma estabelece que devem ser suspensos os “indivíduos cujo comportamento ou actividade os coloque em risco de contrair doenças infecciosas graves, susceptíveis de serem transmitidas pelo sangue”, sendo o período de suspensão desde a cessação do comportamento de risco variável, tendo em conta a doença em questão e a disponibilidade de testes adequados²⁸.

Parece daqui decorrer que o “comportamento sexual” pode, então, representar três categorias de risco: “grande risco”, “mero risco” e “nenhum risco”.

Como já referimos, a Directiva (e consequentemente também a lei portuguesa) não define “grande risco” e a ciência também não oferece uma noção taxativa que permita, com exactidão, determinar os limites entre o “grande risco” e o “mero risco”. O único dado adquirido é que a única forma de garantir “nenhum risco” será através da abstinência sexual. É evidente que, se excepcionarmos certas circunstâncias que possam influenciar os comportamentos de um indivíduo (*e.g.*, a idade, algumas convicções religiosas, *etc.*), esta hipótese apenas se coloca no plano meramente académico. Neste sentido, a esmagadora maioria dos dado-

²⁶ Para além das Directivas n.os 2002/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, 2005/61/CE, da Comissão, de 30 de Setembro de 2005, e 2005/62/CE, da Comissão, de 30 de Setembro de 2005.

²⁷ Segundo a definição do n.º 9, do artigo 1.º do Anexo I do Decreto-Lei n.º 267/2007, entende-se por dádiva homóloga aquela em que o sangue e os componentes sanguíneos colhidos a um indivíduo se destinam “a serem transfundidos a outro indivíduo, a serem utilizados em dispositivos médicos ou a servirem de matéria-prima para o fabrico de medicamentos”.

²⁸ O mesmo decorre dos pontos 2.1 e 2.2.2 do Anexo III da referida Directiva 2004/33/CE.

res de sangue adota comportamentos sexuais que a coloca, pelo menos, numa situação de “mero risco”.

Uma vez que nem a Directiva nem a Lei vigente excluem de forma directa os dadores HSH, a suspensão definitiva ou meramente temporária destes depende de se considerar que as suas práticas sexuais envolvem um grande risco ou apenas mero risco²⁹.

Após preenchimento de um questionário (onde não consta a questão da orientação sexual do dador)³⁰, todos os dadores são sujeitos a uma entrevista na qual um profissional de saúde elabora a sua história clínica³¹. É este quem analisa e decide sobre a elegibilidade do dador, atendendo à informação por este prestada. Quando estejam em causa HSH, a prática entre nós tem sido a de considerar que estes se enquadram na categoria de grande risco e consequentemente são definitivamente excluídos da dádiva³².

Em 2012, foi criado um Grupo de Trabalho sobre “Comportamentos de risco com impacto na segurança do sangue e na gestão de dadores”, com a função de avaliar a existência de fundamento científico para a suspensão definitiva de HSH da dádiva³³. Os resultados dos trabalhos deste grupo foram publicados num relatório que data de 2015³⁴ e que vem propor a cessação da suspensão definitiva dos candidatos a dadores HSH.

Este Relatório foi acolhido pelo Ministério da Saúde em Despacho Interno de 18 de Agosto de 2015, tendo a Direcção Geral de Saúde ficado responsável pela elaboração da Norma de Orientação Clínica (NOC) que viesse estabelecer critérios de inclusão e exclusão de dadores, reflectindo as suas conclusões³⁵, até

²⁹ *Relatório sobre comportamentos de risco com impacto na segurança do sangue e na gestão de dadores*, cit., p. 20.

³⁰ Aliás em linha com a Resolução n.º 39/2010, da Assembleia da República, que recomenda ao Governo a adopção de medidas que visem combater a actual discriminação dos homossexuais e bissexuais nos serviços de recolha de sangue; disponível em <https://dre.pt/application/file/613982> [30.05.2016].

³¹ Cf. artigo 20.º da Lei n.º 267/2007, de 24 de Julho.

³² Considerando que caem na categoria de grande risco, cf. a Resolução do Comité de Ministros do Conselho da Europa, que nos seus considerandos refere que “parece haver um alto risco de contágio por parte dos homens que têm relações sexuais com homens, bem como nos trabalhadores do sexo”. *Resolution CM/Res(2013)3 on sexual behaviours of blood donors that have an impact on transfusion safety*, disponível em https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c8754 [08.11.2016].

³³ Informação disponível em <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/instituto-do-sangue-ja-le-va-mais-de-dois-anos-a-ponderar-dadores-gay-1690449> [30.05.2016].

³⁴ *Relatório sobre comportamentos de risco com impacto na segurança do sangue e na gestão de dadores*, cit..

³⁵ Informação disponível em [http://www2.portaldasaude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/publicacoes/estudos/comportamentos+sangue.htm?WBCMODE=%22%3BThread.sleep\(0\)%3B#sthash.qhwQJqQq.dpuf](http://www2.portaldasaude.pt/portal/conteudos/a+saude+em+portugal/publicacoes/estudos/comportamentos+sangue.htm?WBCMODE=%22%3BThread.sleep(0)%3B#sthash.qhwQJqQq.dpuf) [30.05.2016].

Outubro de 2015. A verdade é que até hoje não foi criada tal Norma, pelo que na prática a suspensão de HSH continua a ser definitiva.

Mesmo constatando haver uma maior prevalência do vírus nos HSH³⁶, este grupo de trabalho considerou não existirem “razões objectivas que justifiquem a exclusão de dadores homens, com base na sua orientação sexual, devendo colocar-se a tónica nos comportamentos de risco”³⁷. Ainda que chegando à conclusão de que “a evidência científica publicada a nível nacional é inexistente relativamente à avaliação do risco infeccioso HIV face à alteração do critério de elegibilidade” decide, por unanimidade, pela cessação da suspensão definitiva dos candidatos a dadores HSH.

Já não houve, no entanto, consenso, quanto ao modelo a seguir, havendo três propostas distintas: a aplicação de um período de suspensão temporária de doze meses após o último contacto sexual; a aplicação de um período de suspensão temporária de seis meses após o último contacto sexual; e, finalmente, a aplicação de um período de suspensão temporária de seis meses após um novo parceiro sexual/ mudança de parceiro sexual com a avaliação individual do risco³⁸.

Assim sendo, seja qual for a solução adoptada, a partir do momento que seja elaborada a NOC, os HSH deixarão de ser suspensos definitivamente da dívida de sangue.

4. Considerações finais

Em primeiro lugar, temos dúvidas de que a categorização cega de todos os comportamentos sexuais de HSH como se tratando de situações de grande risco respeite o princípio da igualdade³⁹. Tal como resulta do Relatório, o que deve

³⁶ Em 2013, a taxa de incidência estimada do HIV terá sido de 1.5 pessoas-ano, ou seja, aproximadamente vinte vezes superior à taxa de incidência HIV para os indivíduos heterossexuais, para o mesmo ano. Cf. *Relatório sobre comportamentos de risco com impacto na segurança do sangue e na gestão de dadores, cit.*, p. 23. Considerando que a maior incidência do vírus não justifica a suspensão definitiva porque os testes existentes e a triagem de dadores são hoje suficientes para acautelar esta situação, cf. MEREDITH CIUFO, “Drawing blood: Towards an EU remedy for blood donation rights”, in *Boston University International Law Journal*, vol. 31, 2013, p. 357.

³⁷ Cf. *Relatório sobre comportamentos de risco com impacto na segurança do sangue e na gestão de dadores, cit.*, p. 16.

³⁸ Cf. *Relatório sobre comportamentos de risco com impacto na segurança do sangue e na gestão de dadores, cit.*, p. 47.

³⁹ Considerando que, com o advento das novas tecnologias e um conhecimento mais profundo do HIV, a suspensão definitiva já não tem como fundamento a prossecução de um interesse público prevalecente, sendo hoje considerada por muitos, inclusive peritos médicos, como uma medida arbitrária e baseada em ciência ultrapassada, cf. MATHEW L. MORRISON, “Bad blood: An examination of the constitutional deficiencies of the FDA’s «Gay Blood Ban»”, in *Minnesota Law Review*, vol. 99, 2015, p. 2396.

relevar são os comportamentos de risco, pelo que o que se deve ter essencialmente em consideração nestes casos, tal como acontece em relação aos restantes candidatos a dadores, são as condutas efectivamente levadas a cabo. Essas sim poderão consubstanciar-se em condutas que envolvem um grande risco, legitimando a suspensão, já não definitiva mas sim temporária⁴⁰. Não há hoje um fundamento objectivo razoável que justifique a diferenciação de tratamento dos HSH, sem mais.

Parece também não respeitar o princípio da proporcionalidade que o candidato a dador seja liminarmente excluído e nem merecendo ser questionado sobre se, *inter alia*, tem múltiplos parceiros sexuais, teve recentemente relações sexuais desprotegidas, ou o seu parceiro sexual está infectado com HIV. O que parece redundar na hipótese que Edouard Dubout refere: “a questão da saúde esconde uma outra questão moralmente mais preocupante: a de se recusar ter em conta a palavra de uma pessoa apenas e só em razão da sua pertença a um grupo social considerado menos confiável”⁴¹.

Por outro lado, se o que justifica a suspensão é a existência do já referido “período de janela”, atendendo à eficácia dos testes obrigatoriamente efectuados⁴² e ao facto de esse período ser cada vez mais reduzido, basta uma suspensão meramente temporária da dádiva de HSH⁴³.

⁴⁰ Defendendo também que o que deve relevar são os comportamentos de risco e não a orientação sexual, cf. MICHAEL CHRISTIAN BELL, “The constitutionality of the «Men Who Have Sex with Men» blood donor exclusion policy”, in *Journal of Law in Society*, vol. 4, 2003, p. 367; MATHEW L. MORRISON, “Bad blood: An examination of the constitutional deficiencies of the FDA’s «Gay Blood Ban»”, *cit.*, p. 2399. Considerando que a maior eficácia das técnicas de detecção do HIV reconcilia a necessidade de segurança com uma política que se foca no risco e não na identificação de um determinado grupo de pessoas, cf. NAOMI G. GOLDBERG & GARY J. GATES, “Effects on lifting the blood donation ban on men who have sex with men”, in *Pittsburgh Journal of Environmental & Public Health Law*, vol. 5, 2011, p. 59. Considerando que a suspensão definitiva pressupõe que o sexo heterossexual é seguro e estigmatiza o sexo homossexual como sendo perigoso e desviante, cf. RACHEL LAKE, “MSM blood donation ban: (In)equality, gay rights and discrimination under the Charter”, in *Appeal: Review of Current Law and Law Reform*, vol. 15, 2010, p. 147.

⁴¹ Cf. EDOUARD DUBOUT, “Nosophobie ou homophobie? La Cour de justice de l’Union européenne se dérobe face à l’interdiction du don de sang homosexuel en France”, in *La Semaine Juridique: Édition Générale* (JCP LexisNexis), n.º 25, 22 de Junho de 2015, parág. 737, p. 4. Tradução nossa.

⁴² Dando cumprimento ao Decreto-Lei n.º 267/2007 e à Circular Normativa n.º 2/CN-IPST/IP/14, de 31 de Outubro de 2014, disponível em http://ipst.pt/files/IPST/INFORMACAO_DOCUMENTACAO/CN_IPST_002_2014.pdf [30.05.2016], os serviços de sangue utilizam uma dupla estratégia, combinando testes serológicos (para anticorpos e/ou antígenos) e testes de amplificação de ácidos nucleicos (NAT). Cf. *Relatório sobre comportamentos de risco com impacto na segurança do sangue e na gestão de dadores*, *cit.*, p. 29.

⁴³ Cf. KUMANAN WILSON, KATHERINE ATKINSON e JENNIFER KEELAN, “Three decades of MSM donor deferral policies: What have we learned?”, in *International Journal of Infectious Diseases*, n.º 18, 2014, p. 3. Estes autores consideram que talvez a questão mais relevante seja a de

Finalmente, a solução que nos parece mais consentânea, na ordem jurídica portuguesa, com os princípios da igualdade e da proporcionalidade será a que faz assentar a suspensão única e exclusivamente no comportamento de risco, seja este levado a cabo por HSH ou por heterossexuais⁴⁴.

saber se uma menor rigidez das políticas de suspensão de dádiva de sangue por HSH terá como consequência um aumento do risco de transmissão do HIV, uma vez que alguns estudos iniciais têm demonstrado que a extinção da suspensão definitiva pode melhorar a *compliance* do dador, o que paradoxalmente pode reduzir esse risco.

⁴⁴ Considerando que, mesmo que a manutenção de um período de suspensão de doze meses seja uma alternativa preferível a uma suspensão definitiva, não é defensável atendendo às consequências práticas de tal solução, uma vez que implica que os HSH estejam obrigados a abster-se de ter relações sexuais durante esse período de tempo se pretendem vir a ter a possibilidade de dar sangue, cf. MATHEW L. MORRISON, “Bad blood: An examination of the constitutional deficiencies of the FDA’s «Gay Blood Ban»”, *cit.*, p. 2398. Ainda que os HSH com baixo risco de infecção HIV (monogâmicos) tenham um elevado risco de infecção não detectada durante o período de janela pelo facto de poderem adquirir a infecção pelo seu parceiro estável, tal como se constata no *Relatório sobre comportamentos de risco com impacto na segurança do sangue e na gestão de dadores*, *cit.*, p. 23, pensamos que esse risco também não deverá ser de excluir nas relações heterossexuais.

ALEATORIEDADE E DIREITO

*Fernando Conde Monteiro*¹

1. Introdução

É a realidade algo subordinada a leis determinísticas ou essencialmente é o acaso que nela desempenha o papel fundamental? Esta foi uma questão já formulada desde há muito e pode-se afirmar ainda plena de atualidade. Efetivamente nós ainda não sabemos se a essência de tudo repousa em leis determinísticas ou se no puro acaso ou se ainda haverá aspetos em que uma destas vertentes é dominante. De qualquer maneira, o nosso propósito não será naturalmente o de tentar dar uma resposta a esta magna questão, tarefa simplesmente impossível de levar a cabo. O que iremos fazer é tão só realizar algumas reflexões sobre o direito enquanto realidade a ser perspectivado neste plano. Assim, mais do que tudo, interessar-nos-á refletir sobre a fenomenologia jurídica e deste modo abrir as portas à discussão do seu estatuto epistemológico.

2. O direito

2.1. O sistema jurídico e a ética

O sistema jurídico é antes de mais ética². Noutras palavras, apresenta-se como uma realidade que tem a intencionalidade de caracterizar normativamente condutas, afirmando o que é permitido (explícita ou implicitamente) e o que é

¹ Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Deste modo não iremos enveredar pela tradicional perspectiva de comparar o direito com a ética como se fossem duas realidades acentuadamente distintas. Neste último sentido, cf. MIGUEL REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 25.ª ed., 2001, *e-book*, texto disponível em <http://direito-fib1b.tripod.com/sitebuildercontent/sitebuilderfiles/miguelreale.pdf> [20.10.15]. No nosso ponto de vista, a realidade jurídica é por natureza um tipo de ética ao lado de outras pelas razões que desde logo neste trabalho exporemos.

exigido (negativa ou positivamente) aos seus destinatários. No complexo sistema de relações em que o ser humano participa, há naturalmente a necessidade de criar normas que possam regular esta complexidade³. Assim, desde logo, o relacionamento entre simples indivíduos reclama uma óbvia normatividade. Depois esta complexidade aumenta no âmbito do inter-relacionamento entre entes coletivos (máxime o Estado) e os mesmos indivíduos. De resto, não se limita a isto. O relacionamento de entes coletivos entre si também obviamente que não pode escapar à regulamentação jurídica. A própria existência de organizações supraestaduais não se furta a isto. Finalmente nem sequer outros tipos de entes estão fora do domínio forense. Animais e natureza constituem realidades a carcerem também de regulamentação no âmbito do inter-relacionamento com os seres humanos⁴.

Obviamente que este conjunto de normas é, do ponto de vista jurídico-empírico, de múltipla natureza, com conteúdos diferentes a partir de Estados, culturas, contextos envolventes necessariamente diferenciados, ainda que também apresentando aspetos convergentes⁵. Portanto, tratar-se-á de uma pluralidade de éticas jurídicas com aspetos de óbvia diferenciação mas também de uma mesma partilha.

2.2. A rutura epistemológica do jurídico relativamente à pura ética

O direito apresenta uma intencionalidade de eficácia que a ética, enquanto tal, não pode apresentar⁶. Tal significa, portanto, que desde logo em caso de infração às regras jurídicas um qualquer sistema jurídico deva naturalmente dispor de mecanismos de intervenção no sentido de assegurar a eficácia normativa que ficou em crise com a violação do preceito jurídico. Neste âmbito os orde-

³ Necessidade esta que igualmente não pode ser divorciada da própria precaridade do ser humano. Neste último sentido, cf., por todos, BAPTISTA MACHADO, “Antropologia, existencialismo e direito: Reflexões sobre o discurso jurídico”, in *RDES*, vol. XL, n.º 4, 1960, pp. 44 e ss.

⁴ Neste sentido relativamente ao direito penal, mas aplicável ao direito em geral, cf. CONDE MONTEIRO, “Ética e Direito Penal (Reflexões epistemológicas sobre as relações entre ética e direito penal em face do direito positivo português)”, in Joaquim Freitas da Rocha (coord.), *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, tomo II, 2013, p. 46.

⁵ Para uma caracterização dos diferentes sistemas jurídicos contemporâneos, cf., por todos, DÁRIO MOURA VICENTE, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo (Direito Comparado)*, vol. 1, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015.

⁶ Uma intencionalidade de eficácia que vai mesmo para além da sanção, no sentido daquela característica enquanto elemento diferenciador do direito penal de uma mera ética de conteúdo jurídico-penal. Cf. CONDE MONTEIRO, *Direito Penal I*, Braga, ELSA, 2015, pp. 13-14; de notar, por outro lado, que este aspeto negativo da ética não impede porém que juízos de eticidade possam e devam mesmo ter lugar sobre o problema da eficácia (jurídica), particularmente sobre as suas consequências desde logo sobre o ser humano, *infra* n. 10.

namentos jurídicos contemplam um conjunto muito amplo e diversificado de instrumentos jurídicos destinados a assegurar a efetividade do sistema quando colocado em causa⁷. De qualquer maneira, deve-se desde já referir, sem embargo de posteriores considerações, que naturalmente esta pretensão de eficiência comporta sempre maiores ou menores graus de ineficiência⁸. Portanto, os sistemas jurídicos não são expressões completas de eficácia sem mais⁹. Por outro lado, deve-se ainda neste âmbito referir que não só, mas especialmente, quando as consequências jurídicas possam ser de maior gravidade para os seus destinatários, os ordenamentos jurídicos costumam contemporizá-las ou *a priori* eliminando determinadas dessas possibilidades ou assegurando que as de maior gravidade sejam objeto de maiores cuidados na sua configuração e aplicação¹⁰. Portanto, poderemos concluir que a ética se encontra em maior ou menor medida no âmbito da própria eficácia, desde logo limitando-a¹¹.

3. A aleatoriedade

3.1. Aleatoriedade e ontologia

Desde a Grécia antiga que a questão do ser deterministicamente e/ou subordinado ao acaso foi discutida¹². Efetivamente, desde então para cá, nunca

⁷ Estes instrumentos vão desde mecanismos extrajudiciais (*v.g.*, mediação) até à própria pena de morte, abrangendo um sem número de consequências jurídicas praticamente inabarcáveis numa perspetiva de direito comparado.

⁸ Pense-se, desde logo, no abrangente mundo das contraordenações, no direito disciplinar, no direito penal, direitos reais (*v.g.*, violação do direito de propriedade em matas e montes), direito da família, *etc.*; sobre, por exemplo, o problema das cifras negras no direito penal, *cf.*, por todos, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 133 e ss., pp. 367 e ss.

⁹ Um sistema jurídico absolutamente eficaz para além de ser *a priori* uma utopia em termos da sua construção por razões desde logo epistemológicas (incapacidade de conhecer a melhor solução), seria, muitas vezes, confrontado pela sua própria insuportabilidade (pense-se, por exemplo, no direito estradal). Sobre, por outro lado, os aspetos positivos do crime, *cf.* FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 259-268.

¹⁰ Pense-se desde logo no direito penal. *Cf.* CONDE MONTEIRO, *Consequências Jurídico-Penais do Crime*, Braga, Elsa, 2015, pp. 15 e ss.; sobre o direito em geral, *cf.* JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 63.

¹¹ Neste sentido, relativamente ao direito penal, *cf.* CONDE MONTEIRO, *Direito Penal I*, Braga, ELSA, 2015, p. 14; sobre o direito em geral, *cf.* JOSÉ BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 63.

¹² Lembremos desde logo o atomismo a partir de Leucipo e com os desenvolvimentos de Demócrito e Epicuro. Sobre isto, *cf.*, por todos, ÉLISABETH CLÉMENT *et al.*, *Dicionário Prático de Filosofia* (trad. de *Pratique de La Philosophie, de A a Z*, 1994), 2.^a ed., Terramar, 1999, pp. 86 e 117.

o determinismo foi alguma vez objeto de prova definitiva¹³. Mesmo no âmbito mais acessível da física clássica, onde ele se formou de forma mais cabal, ninguém em rigor poderá afirmar de forma absoluta que os fenómenos da macrofísica são plenamente deterministas e que, portanto, a aleatoriedade deixa de ter lugar. De facto, desde logo a experimentação e observação nunca são realizadas de forma exaustiva e, portanto, nunca poderemos ter a total confirmação de uma teoria¹⁴. De resto, à medida que se avança nos patamares do conhecimento (biologia, psicologia, em geral as ciências sociais), imediatamente se torna impossível estabelecer a maior parte das vezes relações de causa e efeito (a acreditar na sua existência) por óbvios motivos metodológicos¹⁵. Por outro lado, na própria física quântica, o determinismo é praticamente impossível de determinar. Aqui reina simplesmente o conhecimento derivado do cálculo de probabilidades¹⁶.

Portanto, neste plano, poderemos largamente afirmar que a tónica do agir da natureza, do ser humano se centra na aleatoriedade, senão como categoria *ontológica* (a microfísica será porventura a exceção)¹⁷, pelo menos como realidade fenomenológica (aleatoriedade subjetiva).

3.2. A aleatoriedade e estatística (breve apontamento)

O mundo em que vivemos não seria possível sem a consideração da aleatoriedade. Efetivamente, desde a computação até à procura de vida extraterrestre, passando pela ciência (física quântica, biotecnologia, genética...), linguagem, criptografia, clima, lógica, *etc.*, tudo praticamente passa ou pode passar

¹³ Neste sentido, cf., por exemplo, JOSÉ FERRATER MORA, *Dicionário de Filosofia* (trad. de *Dicionário de Filosofia*, 1974), Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1991, p. 99; CONDE MONTEIRO, “Reflexões epistemológicas sobre a liberdade enquanto possível pressuposto do agir humano e sua (ir)relevância para a construção do jurídico”, in Joaquim Freitas Rocha (coord.), *Anuário Publicista da Escola de Direito da Universidade do Minho*, tomo I, 2012, pp. 64 e 68.

¹⁴ Para uma análise desta questão, cf. o clássico KARL POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, Routledge, 2002.

¹⁵ Tal deriva, desde logo, da impossibilidade metodológica de reduzir a realidade a elementos mais simples. Neste sentido, cf., por exemplo, CONDE MONTEIRO, “As finalidades das penas no âmbito do artigo 40.º do Código Penal”, in AAVV, *Estudos de Homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha*, Fundação Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 1999, pp. 326-327.

¹⁶ Consequência antes de mais do princípio da indeterminação de Heisenberg. Sobre isto, cf., por exemplo, PINHO DE ALMEIDA, *A Essência da Matéria e do Sentido*, s/e, 1967, pp. 58-67.

¹⁷ De notar, de qualquer maneira, que no âmbito da microfísica nós não temos acesso a um *real tal qual* (ao menos como acontece na macrofísica), mas apenas podemos ter um conhecimento probabilístico de algo que nos surge através de sucessivas observações, de modo que “[a] mecânica quântica introduz, portanto, um elemento inevitável de imprevisibilidade ou acaso na ciência”. Cf. STEPHEN HAWKING, *Breve História do Tempo* (trad. de *A Brief History of Time*, 1988), 4.ª ed., Gradiva, 1996, p. 86.

por este fenómeno¹⁸. Tal significa assim que os cálculos probabilísticos estão omnipresentes nas nossas vidas (desde o nascimento até à nossa morte). Sendo, portanto, uma realidade plenamente presente no mundo não é de estranhar que a fenomenologia jurídica isto mesmo reconheça senão enquanto técnica utilizada ao menos como realidade dela fazendo parte¹⁹.

4. O direito enquanto objeto de aleatoriedade

4.1. A questão ético-jurídica

4.1.1. Introdução

Sendo a realidade jurídica proveniente do ser humano e caracterizando-se este pela presença em si de uma multiplicidade de aspetos de índole vária, muitas vezes de carácter contraditório, quer num plano estritamente individual, quer no âmbito do coletivo²⁰, a par da incapacidade metodológica de poder decompor este mesmo ser nos seus elementos mais simples de modo a poder estabelecer eventuais relações de causalidade ou ao mesmo de alta probabilidade²¹, então, será fácil compreender que daqui derivarão comportamentos que necessariamente irão refletir tal complexidade e opacidade²². Naturalmente que a fenomenologia jurídica como criação humana isto mesmo há de refletir. Portanto, a contingência, historicidade e culturalidade serão aspetos incontornáveis do jurídico²³.

¹⁸ Cf., neste sentido, por todos, STEPHEN HAWKING, *Breve História do Tempo* (trad. de *A Brief History of Time*, 1988), 4.^a ed., Gradiva, 1996, p. 87.

¹⁹ Pense-se, desde logo, no âmbito da questão transversal a vários ramos do direito do nexo de imputação entre uma conduta (ou omissão) e um resultado (ou risco). Cf., por exemplo, CONDE MONTEIRO, *Direito Penal I*, Braga, ELSA, 2015, pp. 113-14. Pense-se também nos juízos de prognose sobre o comportamento futuro penalmente relevante de um indivíduo (tábuas de prognose). Sobre estas, cf. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia: O Homem Delinvente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 143 e ss. Pense-se ainda na ineficiência de medidas jurídicas de múltiplos ramos do direito. Neste sentido e sobre o direito penal, *idem, ibidem*, pp. 133 e ss., pp. 367 e ss., etc.

²⁰ Sobre isto, cf. CONDE MONTEIRO, “Algumas reflexões sobre o Direito Penal a partir da Psicanálise”, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 15, 2012, pp. 69 e ss.

²¹ Cf. *supra* n. 14.

²² E tal aumentará na medida da ausência ou fraqueza de elementos objetivos de conformação das asserções ou atitudes tomadas ou a tomar, algo omnipresente em juízos éticos, conceções políticas, religiosas, etc. Sobre isto, cf. CONDE MONTEIRO, “Algumas reflexões epistemológicas sobre o Direito Penal”, in *AAVV, Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 757-760.

²³ Neste sentido, cf., por exemplo, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica: Problemas Fun-*

4.1.2. A aleatoriedade e o conteúdo ético-jurídico

A partir do que se anteriormente deixou dito, compreender-se-á naturalmente que o maior ou menor conteúdo ético-jurídico de um qualquer sistema jurídico apresentará desde logo, na formulação dos seus preceitos ao nível das suas fontes, fenómenos que necessariamente derivarão de aspetos mais ou menos aleatórios. Efetivamente diferentes culturas produzem distintos sistemas jurídicos, tradições históricas dissemelhantes criam naturalmente ordens jurídicas igualmente dissemelhantes. Sendo, portanto, a realidade jurídica necessariamente permeável ao social em sentido lato, naturalmente que as suas diferentes influências se farão sentir de uma forma mais ou menos sistematizada mas também em termos caóticos. Noutros termos, tendo em conta que as sociedades humanas são realidades que necessariamente comportam aspetos idiossincráticos, mesmo fatores de pura irracionalidade²⁴ e que não existe necessariamente um conjunto de normas ou sistema ideais de concretizar o direito (visão idealista do jurídico)²⁵, então o espaço para o casual, o indeterminado a priori,²⁶ mesmo o irracional fica deste modo aberto, como óbvia consequência inevitável da existência do social tal qual.

4.2. A eficácia

4.2.1. Introdução

Como já referimos, sem uma intencionalidade de eficiência o direito não existe mas ao invés teremos somente uma ética de natureza jurídica, constituindo assim esta intencionalidade em última instância a sua específica marca identi-

damentais, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 49, ao escrever: “Os pensamentos revelam-se deste modo entidades culturalmente históricas. São função da concepção do direito e dos objectivos práticos específicos por que ele se orienta em cada época e nos diversos sistemas jurídicos. Mais do que isso, são função inclusivamente do sentido fundamental da cultura englobante, do sistema cultural global, porquanto aí se oferecem já os últimos referentes intencionais (o próprio sistema de valores que o direito assimilará), já as estruturas noéticas que nessas épocas condicionam as possibilidades de pensar abertas a qualquer pensamento integrado nesse mesmo universo cultural”. Sobre especificamente a irracionalidade no âmbito jurídico-penal, cf. CONDE MONTEIRO, “Algumas reflexões sobre o Direito Penal a partir da Psicanálise”, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 15, 2012, pp. 80 e ss.

²⁴ Neste sentido, cf. CONDE MONTEIRO, “Algumas reflexões sobre o Direito Penal a partir da Psicanálise”, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 15, 2012, pp. 69 e ss.

²⁵ Cf. *supra* n. 22.

²⁶ Sobre o carácter não fechado do sistema jurídico, lembre-se KARL ENGISCH, “Sinn und Tragweite juristischer Systematik”, in *Studium Generale*, n.º 10, 1957, pp. 173 e ss.

ficadora. Afirmar conteúdos de eficácia e formas de os levar a cabo são realidades epistemologicamente impossíveis de uma resposta legitimadora *tout court*. Tal deriva antes de mais da incapacidade metodológica de decompor também aqui a realidade nos seus aspetos mais simples e realizar experiências neste plano. O facto de, por exemplo, se punir o homicídio doloso com a pena de morte não tem subjacente experiências prévias que possam comprovar uma eventual relação da causa e efeito ou próxima disso entre esta consequência jurídica e a ausência de homicídios dolosos²⁷. A demonstrá-lo empiricamente encontra-se a pluralidade de mecanismos existentes neste âmbito, no plano histórico e nas sociedades atuais. Desde a simples resolução extrajudicial de conflitos jurídicos²⁸ até ao recurso sob múltiplas formas e com diferentes conteúdos do sistema jurídico, como já deixámos dito, o direito comparado é fértil em nos dar uma inabarcável amostra de processos e técnicas de diferentes natureza e funcionamento. De resto, a questão torna-se mais complexa se introduzirmos, como se deve, a ética na própria eficácia, mormente em setores jurídicos em que as consequências jurídicas são mais graves (v.g., direito penal e em geral os direitos sancionatórios)²⁹. De que modo é que estas duas realidades antagónicas deverão coexistir assegurando-se uma relação entre elas de adequabilidade (proporcionalidade)? Eis uma questão que de todo não tem tido uma resposta epistemologicamente significativa³⁰.

4.2.2. Aleatoriedade e pretensão de eficácia

Do que resumidamente se expôs resulta também aqui que o fenómeno da aleatoriedade se encontra inevitavelmente presente. A latitude ou longitude podem simplesmente decidir da morte ou da absolvição de alguém³¹. A ascensão

²⁷ Sobre os problemas também epistemológicos atinentes à pena de morte, cf. CONDE MONTEIRO, “A pena de morte no âmbito do sistema jurídico-penal: Reflexões críticas”, in Eduardo Paz Ferreira *et al.* (orgs.), *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 327 e ss.

²⁸ Sobre isto, cf., por exemplo, ZULEMA D. WILDE e KUIS M. GAIBROIS, *O que é a Mediação* (trad. de *Qué es la Mediación*), Agora Publicações, 2003.

²⁹ Cf. *supra* n. 9.

³⁰ Sobre, por exemplo, o princípio da subsidiariedade no direito penal, cf. CLAUS ROXIN, *Strafrecht, AT*, vol. I, 4.^a ed., Beck, 2006, §2, 31.

³¹ “[A]o passo que quase nada se vê de justo ou de injusto que não mude de qualidade mudando de clima. Três graus de altura do polo derrubam a jurisprudência. Um meridiano decide da verdade; em poucos anos de posse, as leis fundamentais mudam; o direito tem suas épocas. A entrada de Saturno no Leão nos marca a origem de um tal crime. Divertida justiça que um rio limita! Verdade aquém doa Pireneus, erro além”. Cf. BLAISE PASCAL, *Pensamentos*, edição eletrónica de Ridendo Castigat Mores, disponível em <http://charlezine.com.br/wp-content/uploads/Pensamentos-Pascal.pdf> [26.10.2015].

social e profissional de um indivíduo ou grupo podem igualmente depender de coordenadas de um qualquer sistema jurídico na sua eficiência ou falta dela³². Por melhor que sejam as intencionalidades presentes no conteúdo normativo de um dado ordenamento jurídico, tal de nada servirá, se, no plano da eficácia, o sistema pura e simplesmente não funcionar ou atuar de forma deficiente. Resulta deste modo também evidente que o acaso está inexoravelmente presente também aqui para benefício ou malefício dos concretos agentes.

4.2.3. A questão da concretização do ordenamento jurídico

As mesmas normas ou consequências jurídicas dão lugar frequentemente a concretizações diferentes, quer no seio de um mesmo espaço jurídico, quer por maioria de razão em espaços jurídicos diferentes. A ideia desde logo do positivismo jurídico de cariz iluminista de pretender através de normas claras e precisas dotar o sistema jurídico de total segurança constituiu naturalmente um mito que ninguém sufraga³³. O processo aplicativo do direito apresenta óbvias complexidades derivadas, não apenas das limitações epistemológicas inerentes ao processo de decifração do conteúdo linguístico dos signos jurídicos³⁴, mas concomitantemente da complexidade ontológica das questões a decidir³⁵. A esta indeterminação junta-se naturalmente toda a imensa e também complexa tarefa de apuramento da realidade de facto, insuscetível ela mesmo de formulações acabadas, sem mais³⁶. Desde logo por tudo isto resulta claro que a aleatoriedade também aqui se encontra presente contribuindo assim para áreas de maior ou menor caoticidade de um qualquer sistema jurídico.

³² Sobre, por exemplo, a criminalidade de colarinho branco, cf. o clássico de EDWIN SUTHERLAND, *White-collar Crime*, Holt, Rinehartand Winston, 1961.

³³ Sobre isto, cf., por todos, ANTÓNIO HESPANHA, *A Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 328-333.

³⁴ Sobre isto, cf., por todos, CONDE MONTEIRO, “A aplicação das normas no âmbito jurídico-penal: Reflexões epistemológicas”, in AAVV, *Direitos de Personalidade e Sua Tutela*, vol. I, Rei dos Livros, 2013, pp. 152 e ss.

³⁵ Cf. CONDE MONTEIRO, “O problema da verdade em Direito Processual Penal (considerações epistemológicas)”, in AAVV, *Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por Ocasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 327-329.

³⁶ *Idem, ibidem*, pp. 329-331.

4.3. O direito como sistema demasiadamente humano

Como já deixámos dito, sendo o ser humano, em termos individuais e coletivos, uma entidade que epistemologicamente se revela portadora de mais ou menos áreas de caoticidade, naturalmente que tal característica teria naturalmente que se refletir na fenomenologia jurídica enquanto criação desta de *per se*. A sua própria complexidade contribui também para este aspeto, que assim se torna naturalmente incontornável.

4.3.1. O direito e a justiça

Uma adequada administração do direito em termos de decidir do justo ao caso é, por tudo o que anteriormente dissemos, simplesmente uma utopia. Daqui que necessariamente se possa concluir que todo o ordenamento jurídico é intrinsecamente injusto ou melhor, em último termo, nem sequer podemos afirmar que possa ser justo ou injusto. A única afirmação que efetivamente poderemos fazer é que este é um *Dasein*, está aí, mas o seu sentido profundo ou mesmo existencial escapa-nos³⁷...

4.3.2. O direito e a eficácia

Também a eficácia, em termos de conclusão, é igualmente algo que contém aspetos indecifráveis e portanto apresenta-se como uma realidade em larga medida ideal, ou seja, comporta mais ou menos áreas de ineficiência³⁸. De resto, um sistema jurídico a funcionar plenamente ocorrendo a todos os casos de infração das suas normas seria inexequível na prática, como anteriormente referimos³⁹. Por outro lado, a necessidade de elementos de eticidade a limitarem a eficácia é algo de pertinente em maior ou menor grau a qualquer sistema jurídico, introduzindo, como já dissemos, aspetos de indeterminação, de caos no ordenamento jurídico⁴⁰. Portanto poderemos também aqui afirmar que todo o direito é intrinsecamente ineficaz, querendo desta forma afirmar a existência em maior ou menor graus de zonas de ineficácia a ele inerentes e que igualmente nem sempre poderemos sequer conhecer da sua efetiva funcionalidade.

³⁷ Um pouco como na fenomenologia kantiana relativamente ao número.

³⁸ Cf. *supra* n. 7.

³⁹ Cf. *supra* n. 8.

⁴⁰ Cf. *supra* ns. 9 e 10.

4.3.3. O direito e o caos

De tudo o que se afirmou resulta portanto que o caos penetra, sempre esteve presente na fenomenologia jurídica, não obstante os esforços de cariz racionalista e empirista, que particularmente no plano da civilização ocidental foram feitos nos últimos séculos. Como sistema caótico comporta a realidade jurídica inevitáveis aspetos de aleatoriedade. A previsibilidade naturalmente disso mesmo se ressentente⁴¹.

5. A aleatoriedade enquanto metodologia jurídica

Não se apresentando a realidade jurídica como um sistema determinista, mas comportando em maior ou menor grau áreas de aleatoriedade (pelo menos em termos epistemológicos), seria naturalmente importante que se assumisse *tout court* este facto enquanto tal, sem preconceitos e ambiguidades, e assim se incorporasse a análise aleatória no plano jurídico. Tal implicaria o estudo da fenomenologia jurídica em termos da sua construção (reconstrução), plano da política legislativa, da sua concreta aplicação prática, envolvendo deste modo quer a questão ético-jurídica, quer a vertente funcional. É assim um desafio a um direito do futuro que se deseja não certo e absolutamente previsível (impossibilidade ontológica, de resto), nem se quer totalmente justo (algo também impossível), mas que em todo o caso e a partir da verificação do óbvio (aleatoriedade) se deseja que incorpore essa mesma realidade de modo a tornar o direito em todo o caso mais consentâneo com a suas iminentes pretensões ainda que encaradas epistemologicamente de forma necessariamente frágil.

⁴¹ Lembremos o anátema de Kirchmann “três palavras retificadoras do legislador convertem bibliotecas inteiras em lixo”. Cf. JULIUS VON KIRCHMANN, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848), citado de acordo com a reedição fac-símile de Hermann Klenner, Freiburg/Berlim, 1990, p. 23. Para uma perspetiva da irracionalidade no jurídico, cf., por exemplo, GUNTHER TEUBNER e OREN PEREZ (eds.) *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Bloomsbury Publishing, 2006.

PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DESAFIOS DOS SISTEMAS GLOBAL, REGIONAL E SUL AMERICANO

Flávia Piovesan^{1 2}

1. Introdução

Como compreender os direitos sociais sob a perspectiva da concepção contemporânea de direitos humanos? Em que medida merecem o mesmo grau de importância dos direitos civis e políticos? Qual é a principiologia aplicável aos direitos sociais? São direitos acionáveis e justiciáveis? Qual é o alcance de sua proteção nos sistemas internacional e regional interamericano? Como fortalecer a projeção e a incorporação de parâmetros protetivos globais e regionais no âmbito sul-americano? Como intensificar o diálogo vertical e horizontal de jurisdições visando à pavimentação de um *ius commune* em direitos sociais na região sul-americana?

São estas as questões centrais a inspirar o presente estudo, que tem por objetivo maior focar a proteção dos direitos sociais sob o prisma internacional

¹ Um especial agradecimento é feito à Alexander von Humboldt Foundation pela *fellowship* que tornou possível este estudo e ao Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law por prover um ambiente acadêmico de extraordinário vigor intelectual.

² Professora Doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); *visiting fellow* do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), *visiting fellow* do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), *visiting fellow* do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg - 2007; 2008; 2015; e 2016); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg - 2009-2014); foi membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development e é membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

e regional interamericano, com destaque aos desafios da implementação dos direitos sociais no contexto sul-americano visando à pavimentação de um constitucionalismo regional amparado em um “*ius commune*” social.

2. A afirmação histórica dos direitos humanos e os direitos sociais

Os direitos humanos refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. No dizer de Joaquin Herrera Flores³, os direitos humanos traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocam uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade e à prevenção do sofrimento humano. No mesmo sentido, Celso Lafer⁴, lembrando Danièle Lochak, realça que os direitos humanos não apresentam uma história linear, não compõem a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma causa perdida de antemão, mas a história de um combate.

Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Como realça Norberto Bobbio, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas⁵. Para Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução⁶. Simbolizam os direitos humanos, para parafrasear Luigi Ferrajoli⁷, a lei do mais fraco contra a lei do mais

³ Cf. JOAQUÍN HERRERA FLORES, *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência*, mimeo, p. 7.

⁴ Cf. CELSO LAFER, “Prefácio”, in Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e Justiça Internacional*, 2.ª ed. revista, ampliada e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 22.

⁵ Cf. NORBERTO BOBBIO, *Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1988.

⁶ Cf. HANNAH ARENDT, *As Origens do Totalitarismo*, Rio de Janeiro, s/e, 1979. A respeito, cf. também CELSO LAFER, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p. 134. No mesmo sentido, afirma Ignacy Sachs: “Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos”. Cf. IGNACY SACHS, “Desenvolvimento, direitos humanos e cidadania”, in AAVV, *Direitos Humanos no Século XXI*, s/e, 1998, p. 156. Para Allan Rosas: “O conceito de direitos humanos é sempre progressivo. [O] debate a respeito do que são os direitos humanos e como devem ser definidos é parte e parcela de nossa história, de nosso passado e de nosso presente”. Cf. ALLAN ROSAS, “So-called rights of the third generation”, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 243 (interpolação nossa).

⁷ Cf. LUIGI FERRAJOLI, *Diritti Fondamentali: Un Dibattito Teórico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma/Bari, Laterza, 2002, p. 338.

forte, na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica.

Considerando a historicidade dos direitos humanos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É neste cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. 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. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”⁸.

Fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Para Andrew Hurrell: “O aumento significativo das ambições normativas da sociedade internacional é particularmente visível no campo dos direitos humanos e da democracia, com base na idéia de que as relações entre governantes e governados, Estados e cidadãos, passam a ser suscetíveis de legítima preocupação da comunidade internacional; de que os maus-tratos a cidadãos e a inexistência de regimes

⁸ Cf. THOMAS BUERGENTHAL, *International Human Rights*, p. 17. Para Henkin: “Por mais de meio século, o sistema internacional tem demonstrado comprometimento com valores que transcendem os valores puramente «estatais», notadamente os direitos humanos, e tem desenvolvido um impressionante sistema normativo de proteção desses direitos”. Cf. LOUIS HENKIN, *International Law*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 2. Ainda sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos, observa Celso Lafer: “Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o «direito a ter direitos», para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a «razão de estado» e corroida a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humanos, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz”. Cf. CELSO LAFER, “Prefácio”, in José Augusto Lindgren Alves, *Os Direitos Humanos como Tema Global*, Perspectiva, 1994, p. xxvi).

democráticos devem demandar ação internacional; e que a legitimidade internacional de um Estado passa crescentemente a depender do modo pelo qual as sociedades domésticas são politicamente ordenadas⁹.

Neste contexto, a Declaração de 1948 vem a inovar a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Sob esta perspectiva integral, identificam-se dois impactos: a) a inter-relação e interdependência das diversas categorias de direitos humanos; e b) a paridade em grau de relevância de direitos sociais, econômicos e culturais e de direitos civis e políticos.

Para Asbjorn Eide: “The term «social rights», sometimes called «socio-economic rights», refers to rights whose function is to protect and to advance the enjoyment of basic human needs and to ensure the material conditions for a life in dignity. The foundations of these rights in human rights law is found in the Universal Declaration of Human Rights, Article 22: «Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realisation, through national effort and international cooperation and in accordance with the organisation and resources of each state, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality»¹⁰.

⁹ Cf. ANDREW HURRELL, “Power, principles and prudence: Protecting human rights in a deeply divided world”, in Tim Dunne e Nicholas J. Wheeler (eds.), *Human Rights in Global Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 277.

¹⁰ Cf. ASBJORN EIDE, “Social rights”, in Rhona K.M. Smith e Christien van den Anker (eds.), *The Essentials of Human Rights*, Londres, Hodder Arnold, 2005, p. 234. Para Asbjorn Eide: “Economic, social and cultural rights constitute three interrelated components of a more comprehensive package. The different components also have links to civil and political rights. At the core of social rights is the right to an adequate standard of living. The enjoyment of this right requires, at a minimum, that everyone shall enjoy the necessary subsistence rights – adequate food and nutrition rights, clothing, housing and necessary conditions of care. Closely related to this is the right of families to assistance [...] In order to enjoy these social rights, there is also a need to enjoy certain economic rights. These are the right to property, the right to work and the right to social security. [The] notion of cultural rights is more complex. [Cultural] rights contain the following elements: the right to take part in cultural life, the right to enjoy the benefits of scientific progress

Ao examinar a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, leciona Hector Gros Espiell: “Só o reconhecimento integral de todos estes direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação. Esta idéia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, se amplia e se sistematiza em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e se reafirma definitivamente nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembléia Geral em 1966, e em vigência desde 1976, na Proclamação de Teerã de 1968 e na Resolução da Assembléia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais (Resolução n. 32/130)”¹¹.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos. Este sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos – do “mínimo ético irredutível”. Neste sentido, cabe destacar que, até 2015, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 168 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 164 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 158 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 177 Estados-partes; a

and its applications, the right to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which the beneficiary is the author, and the freedom indispensable for scientific research and creative activity”. Cf. ASBJORN EIDE, “Economic, social and cultural rights as human rights”, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2.ª ed. revista, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 17-18 (interpolação nossa).

¹¹ Cf. HECTOR GROS ESPIELL, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*, San José, Libro Libre, 1986, pp. 16-17.

Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 189 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 195 Estados-partes¹².

Ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático. Consolida-se, assim, a convivência do sistema global da ONU com instrumentos do sistema regional, por sua vez, integrado pelo sistema americano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção, e, por isso, deve ser aplicada a norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementam, interagindo com o sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais. Esta é inclusive a lógica e a principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos, todo ele fundado no princípio maior da dignidade humana.

A concepção contemporânea de direitos humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade¹³. Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu parágrafo 5.º, afirma: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

Logo, a Declaração de Viena de 1993, subscrita por 171 Estados, endossa

¹² A respeito, cf. UNDP, *Human Development Report*, Nova Iorque/Oxford, Oxford University Press, 2016.

¹³ Note-se que a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Convenção para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias contemplam não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos sociais, econômicos e culturais, o que vem a endossar a idéia da indivisibilidade dos direitos humanos.

a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, revigorando o lastro de legitimidade da chamada concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração de 1948. Note-se que, enquanto consenso do “pós Guerra”, a Declaração de 1948 foi adotada por 48 Estados, com 8 abstenções. Assim, a Declaração de Viena de 1993 estende, renova e amplia o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. A Declaração de Viena afirma ainda a interdependência entre os valores dos direitos humanos, democracia e desenvolvimento.

Não há direitos humanos sem democracia e nem tampouco democracia sem direitos humanos. Vale dizer, o regime mais compatível com a proteção dos direitos humanos é o regime democrático. Atualmente, 140 Estados, dos quase 200 Estados que integram a ordem internacional, realizam eleições periódicas. Contudo, apenas 82 Estados (o que representa 57% da população mundial) são considerados plenamente democráticos. Em 1985, este percentual era de 38%, compreendendo 44 Estados¹⁴. O pleno exercício dos direitos políticos pode implicar o “empoderamento” das populações mais vulneráveis, o aumento de sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas. Para Amartya Sen, os direitos políticos (incluindo a liberdade de expressão e de discussão) são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas são centrais para a própria formulação destas necessidades econômicas¹⁵. Realça ainda Amartya Sen: “The protective power of political liberty reveals that no famine has ever taken place in the history of the world in a functioning democracy”¹⁶. Daí a relação indissociável entre o exercício dos direitos civis e políticos e o exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Além disso, em face da indivisibilidade dos direitos humanos, há de ser definitivamente afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais. A idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.

¹⁴ Cf. UNDP, *Human Development Report 2002: Deepening Democracy in a Fragmented World*, Nova Iorque/Oxford, Oxford University Press, 2002.

¹⁵ Cf. AMARTYA SEN, “Foreword”, in Paul Farmer, *Pathologies of Power*, Berkeley, University of California Press, 2003.

¹⁶ Cf. AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 343.

Como aludem Asbjorn Eide e Allan Rosas: “Levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. [As] necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos”¹⁷.

A compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais demanda ainda que se recorra ao direito ao desenvolvimento. Para desvendar o alcance do direito ao desenvolvimento, importa realçar, como afirma Celso Lafer, que, no campo dos valores, em matéria de direitos humanos, a consequência de um sistema internacional de polaridades definidas – Leste/Oeste, Norte/Sul – foi a batalha ideológica entre os direitos civis e políticos (herança liberal patrocinada pelos EUA) e os direitos econômicos, sociais e culturais (herança social patrocinada pela então URSS). Neste cenário surge o “empenho do Terceiro Mundo de elaborar uma identidade cultural própria, propondo direitos de identidade cultural coletiva, como o direito ao desenvolvimento”¹⁸.

É, assim, adotada pela ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em 1986, por 146 Estados, com um voto contrário (EUA) e 8 abstenções. Para Allan Rosas: “A respeito do conteúdo do direito ao desenvolvimento, três aspectos devem ser mencionados. Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. [Em] segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas de justiça social. [Em] terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como da cooperação internacional”¹⁹. O direito ao desenvolvimento contempla, assim, três dimensões centrais: a) justiça social; b) participação e *accountability*; e c) cooperação internacional²⁰.

¹⁷ Cf. ASBJORN EIDE e ALLAN ROSAS, “Economic, social and cultural rights: A universal challenge”, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 17-18 (interpolação nossa).

¹⁸ Cf. CELSO LAFER, *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: Reflexões sobre uma Experiência Diplomática*, São Paulo, Paz e Terra, 1999.

¹⁹ Cf. ALLAN ROSAS, “The right to development”, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 254-255 (interpolação nossa).

²⁰ Para a UN High Level Task Force on the implementation of the right to development: “The right to development is a right of individuals and peoples to an enabling environment for development that is equitable, sustainable, participatory and in accordance with the full range of human rights and fundamental freedoms – a national and global environment that is free from structural and unfair obstacles to development”. Cf. *Report of the UN High Level Task Force on the implementation of the right to development for the April 2010 session of the Working Group, including the attributes of the right to development and the list of criteria, sub-criteria and indicators – A/HRC/15/WG.2/TF/2. Add 2.*

De acordo com o artigo 28.º da Declaração de Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na Declaração possam ser plenamente realizados”. A justiça social é um componente central à concepção do direito ao desenvolvimento. A realização do direito ao desenvolvimento, inspirado no valor da solidariedade, há de prover igual oportunidade a todos no acesso a recursos básicos, educação, saúde, alimentação, moradia, trabalho e distribuição de renda.

Para a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, o desenvolvimento compreende um processo econômico, social, cultural e político, com o objetivo de assegurar a constante melhoria do bem estar da população e dos indivíduos, com base em sua ativa, livre e significativa participação neste processo, orientada pela justa distribuição dos benefícios dele resultantes. Reconhece o artigo 2.º da Declaração que: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deve ser ativa participante e beneficiária do direito ao desenvolvimento”.

Na promoção do desenvolvimento, igual consideração deve ser conferida à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Medidas efetivas devem ser ainda adotadas a fim de proporcionar às mulheres um papel ativo no processo de desenvolvimento.

Além do componente de justiça social, o componente democrático é essencial ao direito ao desenvolvimento. É dever dos Estados encorajar a participação popular em todas as esferas como um importante fator ao direito ao desenvolvimento e à plena realização dos direitos humanos. Estados devem promover e assegurar a livre, significativa e ativa participação de indivíduos e grupos na elaboração, implementação e monitoramento de políticas de desenvolvimento. Neste contexto, os princípios da participação e da *accountability* são centrais ao direito ao desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento compreende tanto uma dimensão nacional, como uma dimensão internacional. Prevê a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento que os Estados devem adotar medidas – individual e coletivamente – para criar um ambiente a permitir, nos planos internacional e nacional, a plena realização do direito ao desenvolvimento. Ressalta a Declaração que os Estados devem adotar medidas para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da não observância de direitos civis e políticos, bem como da afronta a direitos econômicos, sociais e culturais. Ainda que a Declaração reconheça serem os Estados os responsáveis primários na realização do direito ao desenvolvimento, enfatiza a importância da cooperação internacional para a realização do direito ao desenvolvimento.

Adiciona o artigo 4.º da Declaração que os Estados têm o dever de adotar medidas, individualmente ou coletivamente, voltadas a formular políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena realização de direitos, acrescentando que a efetiva cooperação internacional é essencial

para prover aos países em desenvolvimento meios que encorajem o direito ao desenvolvimento.

O direito ao desenvolvimento demanda uma globalização ética e solidária. No entender de Mohammed Bedjaoui: “Na realidade, a dimensão internacional do direito ao desenvolvimento é nada mais que o direito a uma repartição equitativa concernente ao bem estar social e econômico mundial. Reflete uma demanda crucial de nosso tempo, na medida em que os quatro quintos da população mundial não mais aceitam o fato de um quinto da população mundial continuar a construir sua riqueza com base em sua pobreza”²¹. As assimetrias globais revelam que a renda dos 1% mais ricos supera a renda dos 57% mais pobres na esfera mundial²².

Como atenta Joseph E. Stiglitz: “The actual number of people living in poverty has actually increased by almost 100 million. This occurred at the same time that total world income increased by an average of 2.5 percent annually”²³. Para a World Health Organization: “poverty is the world’s greatest killer. Poverty wields its destructive influence at every stage of human life, from the moment of conception to the grave. It conspires with the most deadly and painful diseases to bring a wretched existence to all those who suffer from it”²⁴. Em média 80% da população mundial vive em países em desenvolvimento, caracterizados por elevada exclusão e desigualdade social²⁵.

Um dos mais extraordinários avanços da Declaração de 1986 é lançar o *human rights-based approach* ao direito ao desenvolvimento²⁶. O *human rights-*

²¹ Cf. MOHAMMED BEDJAQUI, “The right to development”, in M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, 1991, p. 1182.

²² A respeito, cf. UNDP, *Human Development Report 2002*, Nova Iorque/Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 19.

²³ Cf. JOSEPH E. STIGLITZ, *Globalization and its Discontents*, Nova Iorque/Londres, WW Norton Company, 2003, p. 6. Acrescenta o autor: “Development is about transforming societies, improving the lives of the poor, enabling everyone to have a chance at success and access to health care and education” (p. 252).

²⁴ Cf. PAUL FARMER, *Pathologies of Power*, Berkeley, University of California Press, 2003, p. 50.

²⁵ Atenta Jeffrey Sachs: “eighth million people around the world die each year because they are too poor to stay alive”. Cf. JEFFREY SACHS, *The End of Poverty: Economic Possibilities for Our Time*, Nova Iorque, The Penguin Press, 2005, p. 1. Acrescenta o mesmo autor: “One sixth of the world remains trapped in extreme poverty unrelieved by global economic growth and the poverty trap poses tragic hardships for the poor themselves and great risks for the rest of the world”. Cf. JEFFREY SACHS, *Common Wealth: Economics for a Crowded Planet*, Londres, Penguin Books, 2008, p. 6.

²⁶ Sobre o tema, cf. MARY ROBINSON, “What rights can add to good development practice”, in Philip Alston e Mary Robinson (eds.), *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 37. Para Mary Robinson: “Lawyers should not be the only voice in human rights and, equally, economists should not be the only voice in development”.

based approach é uma concepção estrutural ao processo de desenvolvimento, amparada normativamente nos parâmetros internacionais de direitos humanos e diretamente voltada à promoção e à proteção dos direitos humanos. O *human rights-based approach* ambiciona integrar normas, *standards* e princípios do sistema internacional de direitos humanos nos planos, políticas e processos relativos ao desenvolvimento. A perspectiva de direitos endossa o componente da justiça social, realçando a proteção dos direitos dos grupos mais vulneráveis e excluídos como um aspecto central do direito ao desenvolvimento. No dizer de Mary Robinson: “The great merit of the human rights approach is that it draws attention to discrimination and exclusion. It permits policy makers and observers to identify those who do not benefit from development. [So] many development programmes have caused misery and impoverishment – planners only looked for macro-scale outcomes and did not consider the consequences for particular communities or groups of people”²⁷.

O desenvolvimento há de ser concebido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir, para adotar a concepção de Amartya Sen²⁸. Acrescente-se ainda que a Declaração de Viena de 1993, enfatiza ser o direito ao desenvolvimento um direito universal e inalienável, parte integral dos direitos humanos fundamentais. Reitere-se que a Declaração de Viena reconhece a relação de interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos.

Feitas essas considerações a respeito da concepção contemporânea de direitos humanos e o modo pelo qual se relaciona com os direitos sociais, transita-se à análise da proteção dos direitos sociais no sistema global, com ênfase no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Protocolo ao Pacto e na principiologia aplicável aos direitos sociais.

²⁷ Cf. MARY ROBINSON, “What rights can add to good development practice”, in Philip Alston e Mary Robinson (eds.), *Human Rights and Development: Towards Mutual Reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 36 (interpolação nossa).

²⁸ Ao conceber o desenvolvimento como liberdade, sustenta Amartya Sen: “Neste sentido, a expansão das liberdades é vista concomitantemente como 1) uma finalidade em si mesma e 2) o principal significado do desenvolvimento. Tais finalidades podem ser chamadas, respectivamente, como a função constitutiva e a função instrumental da liberdade em relação ao desenvolvimento. A função constitutiva da liberdade relaciona-se com a importância da liberdade substantiva para o engrandecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem as capacidades elementares, como a de evitar privações como a fome, a sub-nutrição, a mortalidade evitável, a mortalidade prematura, bem como as liberdades associadas com a educação, a participação política, a proibição da censura,... Nesta perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão destas e de outras liberdades fundamentais. Desenvolvimento, nesta visão, é o processo de expansão das liberdades humanas”. Cf. AMARTYA SEN, *Development as Freedom*, Nova Iorque, Alfred A. Knopf, 1999, pp. 35-36 e 297. Sobre o direito ao desenvolvimento, cf. também KAREL VASAK, *For Third Generation of Human Rights: The Rights of Solidarity*, International Institute of Human Rights, 1979.

3. A proteção dos direitos sociais no sistema global

Preliminarmente, faz-se necessário ressaltar que a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, foi o marco de criação do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, como sistema jurídico normativo de alcance internacional, com o objetivo de proteger os direitos humanos. Após a sua adoção, em 1948, instaurou-se uma larga discussão sobre qual seria a maneira mais eficaz em assegurar a observância universal dos direitos nela previstos. Prevaleceu o entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional.

Esse processo de “juridicização” da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois distintos tratados internacionais no âmbito das Nações Unidas – o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que passavam a incorporar, com maior precisão e detalhamento, os direitos constantes da Declaração Universal, sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes. A elaboração de dois Pactos, por si só, revela as ambivalências e resistências dos Estados em conferir igual proteção às diversas categorias de direitos.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que até 2015 contemplava a adesão de 164 Estados-partes, enuncia um extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito a formar e a filiar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, à previdência social, à saúde, *etc.* Como afirma David Trubek: “Os direitos sociais, enquanto *social welfare rights* implicam a visão de que o Estado tem a obrigação de garantir adequadamente tais condições para todos os indivíduos. A idéia de que o welfare é uma construção social e de que as condições de welfare são em parte uma responsabilidade governamental, repousa nos direitos enumerados pelos diversos instrumentos internacionais, em especial pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ela também expressa o que é universal neste campo, na medida em que se trata de uma idéia acolhida por quase todas as nações do mundo, ainda que exista uma grande discórdia acerca do escopo apropriado da ação e responsabilidade governamental, e da forma pela qual o social welfare pode ser alcançado em específicos sistemas econômicos e políticos”²⁹.

²⁹ Cf. DAVID TRUBEK, “Economic, social and cultural rights in the third world: Human rights law and human needs programs”, in Theodor Meron (ed.), *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 207. A respeito, ainda afirma David Trubek: “Eu acredito que o Direito Internacional está se orientando no sentido de criar obrigações que exijam dos Estados a adoção de programas capazes de garantir um mínimo nível de bem-estar

Se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada auto-aplicabilidade –, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva. Vale dizer, são direitos que estão condicionados à atuação do Estado, que deve adotar todas as medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnicos, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a completa realização desses direitos (artigo 2.º, n.º 1, do Pacto)³⁰.

No entanto, cabe realçar que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos demandam do Estado prestações positivas e negativas, sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal. A título de exemplo, cabe indagar qual o custo do aparato de segurança, mediante o qual se assegura direitos civis clássicos, como os direitos à liberdade e à propriedade, ou ainda qual o custo do aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos, ou, do aparato de justiça, que garante o direito ao acesso ao Judiciário. Isto é, os direitos civis e políticos não se restringem a demandar a mera omissão estatal, já que a sua implementação requer políticas públicas direcionadas, que contemplam também um custo.

Sobre o custo dos direitos e a justiciabilidade dos direitos sociais, compartilha-se da visão de David Bilchitz: “Whilst a number of writers accept the legitimacy of judicial review for final decisions concerning civil and political rights, they object to it where decisions concerning social and economic rights are concerned. One of the most important objections that has been made concerning the involvement of judges in decisions relating to socio-economic rights has been that it is inappropriate for judges to decide how the budget of a society is to be allocated. [Judges] are not traditionally experts on economic

econômico, social e cultural para todos os cidadãos do planeta, de forma a progressivamente melhorar este bem-estar” (p. 207). Sobre o tema, cf. ainda A. CHAPMAN e S. RUSSELL (eds.), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antuérpia, Intersentia, 2002; M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on Its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

³⁰ A expressão “aplicação progressiva” tem sido frequentemente mal interpretada. Em seu “General Comment n.º 3” (1990), a respeito da natureza das obrigações estatais concernentes ao artigo 2.º, parágrafo 1.º, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirmou que, se a expressão “realização progressiva” constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização dos direitos sociais, econômicos e culturais não pode ser alcançada em um curto período de tempo, esta expressão deve ser interpretada à luz de seu objetivo central, que é estabelecer claras obrigações aos Estados-partes, no sentido de adotarem medidas, tão rapidamente quanto possível, para a realização destes direitos. Cf. *General Comment n. 3*, UN doc. E/1991/23.

policy or on the complex issues involved in determining a budget. It is claimed that they are no therefore best placed to make determinations concerning the overall allocation of resources. In response, judicial review in a number of countries has for many years involved judges making determinations on civil and political rights. The realization of many of these rights also requires massive expenditure, which has an impact on the overall distribution of resources. [Yet], judges have generally acquitted themselves well in interpreting and enforcing these rights, and their role in this regard has not generally met with accusations that they are unqualified for the job, despite the resource implications of their decisions. [The] rationale for this distinction seems to lie in the fact that the critics regard socio-economic rights are in some way inferior to civil and political rights and as not warranting equal protection. [There] is no justifiable normative basis for this contention and the same normative foundations support both types of rights”³¹. Acrescenta o mesmo autor: “if a society is justified in recognizing fundamental rights, and has good reasons for granting judges review powers, then the society is justified in allowing its judges to ensure that resources are allocated in accordance with the demands of fundamental rights. [Judges] are given the power to review such decisions as to their conformity with the set of priorities mentioned in the Constitution. Judges are thus required to evaluate the allocation of resources against an area in which they have expertise: the application of human rights standards”³².

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apresenta uma peculiar sistemática de monitoramento e implementação dos direitos que contempla. Essa sistemática inclui o mecanismo dos relatórios a serem encaminhados pelos Estados-partes. Os relatórios devem consignar as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas pelo Estado-parte no sentido de conferir observância aos direitos reconhecidos pelo Pacto. Devem ainda expressar os fatores e as dificuldades no processo de implementação das obrigações decorrentes do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Diversamente do Pacto dos Direitos Civis, o Pacto dos Direitos Sociais não estabelece o mecanismo de comunicação inter-estatal, mediante o qual um Estado-parte pode alegar haver um outro Estado-parte incorrido em violação aos direitos humanos enunciados no tratado. Até 2008 tampouco era previsto o direito de petição – instrumento que tem permitido a proteção internacional dos

³¹ Cf. DAVID BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/Nova Iorque, Oxford University Press, 2007, pp. 128-129 (interpolação nossa).

³² Cf. DAVID BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/Nova Iorque, Oxford University Press, 2007, p. 132 (interpolação nossa).

direitos civis e políticos desde 1966 por meio do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A respeito do monitoramento dos direitos sociais e seu impacto na justiciabilidade destes direitos, afirma Martin Scheinin: “The intimate relationship between the existence of a functioning system of international complaints, giving rise to an institutionalized practice of interpretation, and the development of justiciability on the domestic level, has been explained very accurately by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: «As long as the majority of the provisions of the Covenant are not subject of any detailed jurisprudential scrutiny at the international level, it is most unlikely that they will be subject to such examination at the national level either»³³.

Somente em 10 de dezembro de 2008 foi finalmente adotado o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que introduz a sistemática das petições individuais, das medidas de urgência (*interim measures*), das comunicações inter-estatais e das investigações *in loco* em caso de graves e sistemáticas violações a direitos sociais por um Estado-parte. Em 1996, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais já adotava um projeto de Protocolo, contando com o apoio dos países da América Latina, África e Leste Europeu e a resistência de Reino Unido, EUA, Canadá, Austrália, dentre outros. Até 2015, o Protocolo contava com 20 Estados-partes.

Reitere-se que, desde 1966, os direitos civis e políticos contam com o mecanismo das petições individuais, mediante a adoção do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o que fortaleceu a justiciabilidade destes direitos nas esferas global, regional e local. Já os direitos sociais, apenas em 2008 passam a contar com tal sistemática, que virá a impactar positivamente o grau de justiciabilidade destes direitos. O Protocolo Facultativo é uma relevante iniciativa para romper com a proteção desigual conferida aos direitos civis e políticos e aos direitos econômicos, sociais e culturais na esfera internacional.

Ademais, para fortalecer a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração de Viena de 1993 também recomenda o exame de outros critérios, como a aplicação de um sistema de indicadores, para medir o progresso alcançado na realização dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Para Katarina Tomasevski: “The creation of indicators for economic and social rights provides an opportunity to extend the rule of law, and thereby international human rights obligations, to the realm of economics which has thus far remained by and large immune from

³³ Cf. MARTIN SCHEININ, “Economic and social rights as legal rights”, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2.ª ed. revista, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 49. Cf. também UN doc A/CONF.157/PC/62/Add.5/, para. 24.

demands of democratization, accountability and full application of human rights standards. Indicators can be conceptualized on the basis of international human rights treaties because these lay down obligations for governments³⁴. O sistema de indicadores contribuirá para fomentar informações pelo Estado, o que permitirá com maior precisão a formulação e a avaliação de políticas públicas, propiciando, sobretudo, a incorporação da perspectiva de direitos humanos na formulação de tais políticas.

Recomenda ainda a Declaração de Viena seja empreendido um esforço harmonizado, visando a garantir o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais nos planos nacional, regional e internacional.

Sob a perspectiva integral, aplica-se aos direitos sociais o regime jurídico dos direitos humanos, com sua lógica e principiologia próprias. Extrai-se da jurisprudência internacional, produzida especialmente pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cinco relevantes princípios específicos concernentes aos direitos sociais: a) o princípio da observância do *minimum core obligation*; b) o princípio da aplicação progressiva; c) o princípio da inversão do ônus da prova; d) o princípio da participação, transparência e *accountability*; e e) o princípio da cooperação internacional.

a) *princípio da observância do minimum core obligation*

A jurisprudência internacional, fomentada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem endossado o dever dos Estados de observar um *minimum core obligation* no tocante aos direitos sociais. Para o Comitê DESC: “Minimum core obligations are those obligations to meet the «minimum essential levels of a right»”.

O dever de observância do mínimo essencial concernente aos direitos sociais tem como fonte o princípio maior da dignidade humana, que é o princípio fundante e nuclear do Direito dos Direitos Humanos, demandando absoluta urgência e prioridade.

A respeito da implementação dos direitos sociais, o Comitê adota os seguintes critérios: acessibilidade; disponibilidade; adequação; qualidade e aceitabilidade cultural. O Comitê ainda tem desenvolvido o conteúdo jurídico dos direitos sociais (moradia – recomendação geral n.º 4; alimentação adequada – recomendação geral n.º 12; saúde – recomendação geral n.º 14; e educação – recomendação geral n.º 13).

³⁴ Cf. KATARINA TOMASEVSKI, “Indicators”, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2.ª ed. revista, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 531-532.

b) princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais do qual decorrem os princípios da proibição do retrocesso social e da proibição da inação estatal

O General Comment n.º 3 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais afirma a obrigação dos Estados de adotar medidas, por meio de ações concretas, deliberadas e focadas, de modo mais efetivo possível, voltadas à implementação dos direitos sociais. Por consequência, cabe aos Estados o dever de evitar medidas de retrocesso social. Para o Comitê: “Any retrogressive measures would involve the «most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant in the context of the full use of the maximum available resources»”.

Cabe reafirmar que o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados em reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados, utilizando o máximo dos recursos disponíveis. Da aplicação progressiva dos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais, como também a proibição da inação ou omissão estatal. Para J. J. Gomes Canotilho: “O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado”³⁵.

Ainda no General Comment n.º 3, como destaca David Bilchitz: “The UN Committee has provided various categorizations of the obligations imposed by socio-economic rights on state parties. In General Comment 3, it recognized the distinction between obligations of conduct and obligations of result. Obligations of conduct require the taking of action «reasonably calculated to realise the enjoyment of a particular right». Obligations of result require «states to achieve specific targets to satisfy a detailed substantive standard». [Socio-economic] rights typically impose both obligations of conduct and obligations of result”³⁶.

Note-se que há medidas de aplicação imediata concernente aos direitos sociais, como é o caso da cláusula da proibição da discriminação. Como realçam os Princípios de Limburg: “Some obligations under the Covenant require

³⁵ Cf. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998.

³⁶ Cf. DAVID BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/Nova Iorque, Oxford University Press, 2007, pp. 183-184 (inter-polação nossa).

immediate implementation in full by the State parties, such as the prohibition of discrimination in article 2(2) of the Covenant. [Although] the full realization of the rights recognized in the Covenant is to be attained progressively, the application of some rights can be made justiciable immediately while other rights can become justiciable over time³⁷.

Do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, a demandar dos Estados que aloquem o máximo de recursos disponíveis para a implementação de tais direitos, decorre a proibição do retrocesso social e a proibição da inação estatal. A censura jurídica à violação ao princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais pode, ademais, fundamentar-se no princípio da proporcionalidade, com destaque à afronta à proporcionalidade estrita sob o prisma da proibição da insuficiência³⁸.

c) princípio da inversão do ônus da prova

Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados têm a obrigação de adotar todas as medidas necessárias, utilizando o máximo de recursos disponível, para a realização dos direitos sociais. É com base neste dever que emerge o princípio da inversão do ônus da prova. Como leciona Asbjorn Eide: “A state claiming that it is unable to carry out its obligation for reasons beyond its control therefore has the burden of proving that this is the case and that it has unsuccessfully sought to obtain international support to ensure the availability and accessibility of the right”³⁹.

³⁷ The Limburg Principles on the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, para. 22, UN doc.E/CN.4/1987/17 (interpolação nossa). Como observa Asbjorn Eide: “State obligations for economic and social rights were elaborated by a group of experts, convened by the International Commission of Jurists, in Limburg (the Netherlands) in June 1986. The outcome of the meeting is the so-called Limburg Principles, which is the best guide available to state obligations under de CESCR. [A] decade later, experts on economic, social and cultural rights met in Maastricht to adopt a set of guidelines on violations of human rights (The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights)”. Cf. ASBJORN EIDE, “Economic, social and cultural rights as human rights”, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2.ª ed. revista, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 25 (interpolação nossa).

³⁸ Note-se que o princípio da proporcionalidade compreende 3 (três) dimensões: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade estrita – da qual resulta, de um lado, a proibição do excesso e, do outro, a proibição da insuficiência.

³⁹ Cf. ASBJORN EIDE, “Economic, social and cultural rights as human rights”, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2.ª ed. revista, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 27.

d) princípio da participação, transparência e accountability

O componente democrático é essencial para a adoção de políticas públicas em matéria de direitos sociais. Tais políticas devem inspirar-se nos princípios da participação, transparência e *accountability*.

Como explica Amartya Sen: “political liberties and democratic rights are among the constituent components of development”⁴⁰. Democracia requer participação política, diálogo e interação pública, conferindo o direito à voz aos grupos mais vulneráveis.

No entender de José Joaquim Gomes Canotilho: “a idéia de procedimento/processo continua a ser valorada como dimensão indissociável dos direitos fundamentais”, acrescentando que “a participação no e através do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais”⁴¹.

Considerando o princípio da participação⁴², fundamental é promover o direito à participação tanto no âmbito local, como no âmbito internacional, particularmente nas instituições financeiras internacionais, de forma a ampliar a participação da sociedade civil internacional e a fortalecer a participação dos países em desenvolvimento⁴³. Ressalte-se que as políticas adotadas pelas instituições financeiras internacionais são elaboradas pelos mesmos Estados que assumem obrigações jurídicas internacionais em matéria de direitos sociais ao

⁴⁰ Cf. AMARTYA SEN, *The Idea of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, p. 347. “Democracy is assessed in terms of public reasoning, which leads to an understanding of democracy as «government by discussion». But democracy must also be seen more generally in terms of capacity to enrich reasoned engagement through enhancing informational availability and the feasibility of interactive discussions. Democracy has to be judged not just by the institutions that formally exist but by the extent to which different voices form diverse sections of the peoples can actually be heard” (p. xiii).

⁴¹ Cf. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

⁴² O direito à participação é consagrado em diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, incluindo o artigo 21.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem; o artigo 25.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o artigo 7.º da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, dentre outros.

⁴³ Sobre a matéria, cf. *Analytical study of the High Commissioner for Human Rights on the fundamental principle of participation and its application in the context of globalization*, E/CN.4/2005/41, 23 de dezembro de 2004. Como observa Joseph E. Stiglitz: “we have a system that might be called global governance without global government, one in which a few institutions – the World Bank, the IMF, the WTO – and a few players – the finance, commerce, and trade ministries, closely linked to certain financial and commercial interests – dominate the scene, but in which many of those affected by their decisions are left almost voiceless. It’s time to change some of the rules governing the international economic order”. Cf. JOSEPH E. STIGLITZ, *Globalization and its Discontents*, Nova Iorque/Londres, WW Norton Company, 2003, pp. 21-22.

ratificarem o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴⁴. Neste contexto, emergencial é um novo multilateralismo por meio de reformas da arquitetura financeira global, a fim de que se alcance um balanço mais adequado de poder na esfera global, fortalecendo a democratização, a transparência e a accountability das instituições financeiras internacionais⁴⁵.

e) princípio da cooperação internacional

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu General Comment n.º 12, realça as obrigações do Estado no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais: respeitar, proteger e implementar. Quanto à obrigação de respeitar, obsta ao Estado que viole tais direitos. No que tange à obrigação de proteger, cabe ao Estado evitar e impedir que terceiros (atores não-estatais) violem estes direitos. Finalmente, a obrigação de implementar demanda do Estado a adoção de medidas voltadas à realização destes direitos⁴⁶.

Na visão de Katarina Tomasevski: “The obligations to respect, protect and fulfil each contain elements of obligation of conduct and obligation of result. The obligation of conduct requires action reasonably calculated to realize the enjoyment of a particular right. The obligation of result requires States to achieve specific targets to satisfy a detailed substantive standard. [The] obligation to protect includes the State’s responsibility to ensure that private entities or individuals, including transnational corporations over which they exercise jurisdiction, do not deprive individuals of their economic, social and cultural rights. States are responsible for violations of economic, social and cultural

⁴⁴ O documento *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights* considera uma violação de direitos humanos baseada em omissão estatal “the failure of a State to take into account its international legal obligations in the field of economic, social and cultural rights when entering into bilateral or multilateral agreements with other States, international organizations or multinational corporations”.

⁴⁵ Para Joseph Stiglitz: “We have a chaotic, uncoordinated system of global governance without global government”. Cf. JOSEPH STIGLITZ, *Making Globalization Work*, Londres, Penguin Books, 2007, p. 21. O autor defende a adoção das medidas seguintes: “1) changes in voting structure at the IMF and the World Bank, giving more weight to developing countries; 2) changes in representations (who represents each country); 3) adopting principles of representation; 4) increase transparency (since there is no direct democratic accountability for these institutions; 5) improving accountability; and 6) ensuring a better enforcement of the international rule of law” (p. 21).

⁴⁶ Observe-se que: “In some of the general comments, the committee has split the obligation to fulfil into two parts: in obligation to facilitate and an obligation to provide”. Cf. DAVID BILCHITZ, *Poverty and Fundamental Rights: The Justification and Enforcement of Socio-Economic Rights*, Oxford/Nova Iorque, Oxford University Press, 2007, p. 184.

rights that result from their failure to exercise due diligence in controlling the behaviour of such non-state actors”⁴⁷.

No campo dos direitos sociais, além das clássicas obrigações de respeitar, proteger e implementar direitos, destaca-se a obrigação de cooperar. Isto porque, tal como o direito ao desenvolvimento, os direitos sociais têm como valor fundante a solidariedade, que, em uma ordem cada vez mais global, invoca o dever de cooperação internacional. A própria Declaração Universal de 1948, em seu artigo XXII, consagra o direito à segurança social e à realização, mediante o esforço nacional e a *cooperação internacional*, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”. O princípio da cooperação internacional vem contemplado ainda no artigo 2.º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Cada Estado no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela *assistência e cooperação internacional*, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto”. Na mesma direção, realça o Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, em seu artigo 1.º, que os “Estados-partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da *cooperação entre os Estados*, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis[,] a fim de conseguir, progressivamente[,] a plena efetividade dos direitos reconhecidos no Protocolo”. A necessidade de cooperação internacional ainda vem realçada pela Convenção Americana, em seu artigo 26.º, quando trata da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A respeito, observam Philip Alston e Gerard Quinn: “O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consagra três previsões que podem ser interpretadas no sentido de sustentar uma obrigação por parte dos Estados-partes ricos de prover assistência aos Estados-partes pobres, não dotados de recursos para satisfazer as obrigações decorrentes do Pacto. O artigo 2 (1) contempla a frase «individualmente ou através de assistência internacional e cooperação, especialmente econômica e técnica». A segunda é a previsão do artigo 11 (1), de acordo com a qual os Estados-partes concordam em adotar medidas apropriadas para assegurar a plena realização do direito à adequada condição de vida, reconhecendo para este efeito a importância da cooperação internacional baseada no livre consenso. Similarmente, no artigo 11 (2) os Estados-partes concordam em adotar «individualmente ou por meio de

⁴⁷ Cf. KATARINA TOMASEVSKI, “Indicators”, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2.ª ed. revista, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 729 e 732 (interpolação nossa).

cooperação internacional medidas relevantes para assegurar o direito de estar livre da fome»⁴⁸.

Portanto, em matéria de direitos sociais, o princípio da cooperação internacional merece especial destaque.

4. A proteção dos direitos sociais no sistema regional interamericano

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional”, que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, foi ratificada por 24 Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.

No contexto sul-americano, o sistema regional interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, este sistema tem tido a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos. Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

No que se refere à proteção dos direitos sociais no sistema interamericano, há que se mencionar o Protocolo de San Salvador, em matéria de direitos económicos, sociais e culturais, que entrou em vigor em novembro de 1999. Uma vez mais, constata-se a ambivalência dos Estados no diverso tratamento conferido aos direitos civis e políticos e aos direitos sociais. Enquanto os primeiros foram consagrados exhaustivamente pela Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, contando em 2015 com 24 Estados-partes, os segundos só vieram consagrados pelo Protocolo de San Salvador em 1988 – quase vinte anos depois, contando com apenas 16 Estados-partes. A mesma ambivalência há no sistema europeu, em que a Convenção Europeia de Direitos

⁴⁸ Philip Alston e Gerard Quinn *apud* HENRY STEINER e PHILIP ALSTON, *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 1327.

Humanos, que prevê exclusivamente direitos civis e políticos, apresenta 47 Estados-partes em 2015, ao passo que a Carta Social Européia apresenta somente 27 Estados-partes.

Tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, este tratado da OEA reforça os deveres jurídicos dos Estados-partes no tocante aos direitos sociais, que devem ser aplicados progressivamente, sem recuos e retrocessos, para que se alcance sua plena efetividade. O Protocolo de San Salvador estabelece um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo o direito ao trabalho, direitos sindicais, direito à saúde, direito à previdência social, direito à educação, direito à cultura, dentre outros.

Este Protocolo acolhe – tal como o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – a concepção de que cabe aos Estados investir o máximo dos recursos disponíveis para alcançar, progressivamente, mediante esforços internos e por meio da cooperação internacional, a plena efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Este Protocolo permite o recurso ao direito de petição a instâncias internacionais para a proteção de dois dos direitos nele previstos – o direito à educação e o direitos sindicais, de acordo com o artigo 19.º, n.º 6.

No que se refere à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na proteção de direitos sociais, é possível criar uma tipologia de casos baseada em decisões que adotam três diferentes estratégias e argumentos:

a) dimensão positiva do direito à vida

Este argumento foi desenvolvido pela Corte no caso *Villagran Morales versus Guatemala* (*Street Children case*, 1999)⁴⁹, em que este Estado foi condenado pela Corte, em virtude da impunidade relativa à morte de cinco meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por dois policiais nacionais da Guatemala. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte estão: o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas; a reforma no ordenamento jurídico interno visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos; e a construção de uma escola em memória das vítimas.

À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção como um *living instrument*, a Corte afirma que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Introduce a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito a não ser privado da vida arbitrariamente –, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o “direito a

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Villagran Morales et al. versus Guatemala* (*The Street Children Case*), acórdão de 19 de novembro de 1999, Série C, n.º 63.

criar e desenvolver um projeto de vida”. Esta interpretação lança um importante horizonte para proteção dos direitos sociais.

b) aplicação do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis

Em outros julgados, a Corte endossa o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no artigo 26.º da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis.

No caso da comunidade indígena *Yakye Axa versus Paraguai* (2005)⁵⁰, a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações. A Corte afirmou o dever do Estado de adotar medidas positivas apropriadas para assegurar o direito desta comunidade indígena à existência digna, com proteção às suas vulnerabilidades específicas; o direito à identidade cultural; o direito à saúde; o direito ao meio ambiente sadio; o direito à alimentação (incluindo o direito à água limpa); o direito à educação e à cultura, com fundamento no artigo 26.º da Convenção Americana (aplicação progressiva dos direitos sociais) e no Protocolo de San Salvador.

No caso da comunidade indígena *Xákmok Kásek versus Paraguai* (2010)⁵¹, a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (artigos 4.º, 21.º e 25.º da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade

⁵⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Yakye Axa Community vs. Paraguay*, 2005, Série C, n.º 125.

⁵¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, acórdão de 24 de agosto de 2010, Série C, n.º 214. Note-se que, no sistema africano, merece menção um caso emblemático que, ineditamente, em nome do direito ao desenvolvimento, assegurou a proteção de povos indígenas às suas terras. Em 2010, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que o modo pelo qual a comunidade Endorois no Kenya foi privada de suas terras tradicionais, tendo negado acesso a recursos, constitui uma violação a direitos humanos, especialmente ao direito ao desenvolvimento.

– o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo artigo 21.º da Convenção. Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros.

No caso *Niñas Yean y Bosico versus Republica Dominicana* (2005), a Corte enfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais, a fim de assegurar o direito à educação, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas. Sustentou que: “en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe prover educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual”⁵².

No caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) versus Peru* (2009)⁵³, a Corte condenou o Peru pela violação aos direitos à proteção judicial (artigo 25.º da Convenção Americana) e à propriedade privada (artigo 21.º da Convenção), em caso envolvendo denúncia dos autores relativamente ao não cumprimento pelo Estado de decisão judicial concedendo aos mesmos remuneração, gratificação e bonificação similar aos percebidos pelos servidores da ativa em cargos idênticos. Em sua fundamentação, a Corte reconheceu que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis. Realçou ser a aplicação progressiva dos direitos sociais (artigo 26.º da Convenção) suscetível de controle e fiscalização pelas instâncias competentes, destacando o dever dos Estados de não-regressividade em matéria de direitos sociais. Endossou o entendimento do Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de que as medidas de caráter deliberadamente regressivo requerem uma cuidadosa análise, somente sendo justificáveis quando considerada a totalidade dos direitos previstos no Pacto, bem como a máxima utilização dos recursos disponíveis.

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las niñas Yean y Bosico v. Republica Dominicana*, acórdão de 8 de novembro de 2005, Série C, n.º 130.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*, acórdão de 1 de julho de 2009, Série C, n.º 198.

c) *proteção indireta dos direitos sociais (mediante a proteção de direitos civis)*

Finalmente, há um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a idéia da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos.

No caso *Albán Cornejo y otros versus Ecuador* (2007)⁵⁴, referente à suposta negligência médica em hospital particular – mulher deu entrada no hospital com quadro de meningite bacteriana e foi medicada, vindo a falecer no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento prescrito –, a Corte decidiu o caso com fundamento na proteção ao direito à integridade pessoal e não no direito à saúde. No mesmo sentido, no caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (2003)⁵⁵, concernente a danos à saúde decorrentes de condições de detenção, uma vez mais a proteção ao direito à saúde deu-se sob o argumento da proteção do direito à integridade física.

Outros casos de proteção indireta de direitos sociais atêm-se à proteção ao direito ao trabalho, tendo como fundamento o direito ao devido processo legal e a proteção judicial. A respeito, destaca-se o caso *Baena Ricardo y otros versus Panamá* (2001)⁵⁶, envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos que participaram de manifestação (greve). A Corte condenou o Estado do Panamá pela violação da garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores. No caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Peru* (2006)⁵⁷, envolvendo o despedimento arbitrário de 257 trabalhadores, a Corte condenou o Estado do Peru também pela afronta ao devido processo legal e proteção judicial. Em ambos os casos, a condenação dos Estados teve como argumento central a violação à garantia do devido processo legal e não a violação do direito ao trabalho.

Um outro caso emblemático é o caso “*Cinco pensionistas*” *versus Peru* (2003)⁵⁸, envolvendo a modificação do regime de pensão no Peru, em que a Corte condenou o Estado com fundamento na violação ao direito de propriedade

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Albán Cornejo y otros v. Ecuador*, acórdão de 22 de novembro de 2007, Série C, n.º 171.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, acórdão de 25 de novembro de 2003, Série C, n.º 101.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena Ricardo y otros v. Panamá*, acórdão de 2 de fevereiro de 2001, Série C, n.º 72.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru*, acórdão de 24 de novembro de 2006, Série C, n.º 158.

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “Cinco pensionistas” v. Peru*, acórdão de 28 de fevereiro de 2003, Série C, n.º 98.

privada e não com fundamento na afronta ao direito de segurança social, em face dos danos sofridos pelos cinco pensionistas. Em um sentido similar, destaca-se a jurisprudência da Corte Européia, ao assegurar a proteção de direitos sociais por via indireta, como obrigações positivas decorrentes de direitos civis notadamente do direito à vida privada e familiar⁵⁹. Para Martin Scheinin: “Other similar fields can be identified and elaborated on through the interpretation of treaty provisions on the right to life or the right to private and family life. The right to housing, or at least some dimensions of this right, seems particularly suitable for receiving protection under these provisions. In Lopez Ostra v. Spain, the European Court on Human Rights found a serious case of environmental damage by accompanying health problems to be a violation of Article 8 on the protection of private and family life”⁶⁰.

A Corte Interamericana, por meio de uma interpretação dinâmica e evolutiva, inspirada na indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, tem permitido avanços na proteção dos direitos sociais. Tem desenvolvido seu próprio *framework* para a proteção destes direitos, ao consagrar a dimensão positiva do direito à vida, o princípio da progressividade dos direitos sociais (em especial para a proteção de grupos socialmente vulneráveis) e a proteção indireta de direitos sociais.

⁵⁹ Como lecionam Luke Clements e Alan Simmons: “Although Article 8 does not guarantee the right to have one’s housing problem solved by the authorities, a refusal of the authorities to provide assistance in this respect to an individual suffering from a severe disease might in certain circumstances raise an issue under Article 8 of the Convention because of the impact of such a refusal on the private life of the individual”. Cf. LUKE CLEMENTS e ALAN SIMMONS, “European Court of Human Rights: Sympathetic unease”, in Malcolm Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 415. Na mesma direção, afirma Dinah L. Shelton: “In the case Taskin and Others v. Turkey (Appl. N.46117/99, Eur. Ct. H.R., Nov. 10, 2004), the Court points out that Article 8 applies to severe environmental pollution which may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health (see also López Ostra v. Spain, judgment of 9 December 1994, Series A n.303-C, paragraph 51). [As] the Taskin case indicates, despite the fact that the European Convention contains neither a right to health nor a right to environment, cases have been brought for injury due to pollution, invoking the right to life (Art. 2) and the right to information (Art. 10), as well as the right to privacy and family life (Art.8). [Decisions] indicate that environmental harm attributable to state action or inaction that has significant injurious effect on a person’s home or private and family life constitutes a breach of Article 8 (1)”. Cf. DINAH L. SHELTON, *Regional Protection of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 203 (interpolação nossa).

⁶⁰ Cf. MARTIN SCHEININ, “Economic and social rights as legal rights”, in Asbjorn Eide, Catarina Krause e Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 41.

5. A proteção dos direitos sociais no âmbito sul-americano: desafios do *ius commune*

Considerando os direitos sociais sob a perspectiva da concepção contemporânea de direitos humanos, a principiologia aplicável aos direitos sociais e os parâmetros protetivos do sistema global e regional interamericano, transita-se neste tópico ao exame da proteção dos direitos sociais no âmbito sul-americano. O foco central desta análise é identificar estratégias para fortalecer o diálogo global, regional e local na defesa dos direitos sociais, com vistas à pavimentação de um “*ius commune*” sul-americano em matéria de direitos sociais.

A análise da experiência sul-americana de proteção dos direitos sociais demanda sejam consideradas as peculiaridades da região. A América Latina é a região com o mais elevado grau de desigualdade no mundo, em termos de distribuição de renda⁶¹. A este elevado grau de exclusão e desigualdade social somam-se democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

Dois períodos demarcam, assim, o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 1980, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 1980, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados

⁶¹ Para o ECLAC: “Latin America’s highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade”. Cf. ECLAC, *Social Panorama of Latin America – 2006*, p. 84, texto disponível em <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xxsl=/dds/tpli/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xslt> [30.06.2010]. No mesmo sentido, advertem Cesar P. Bouillon e Mayra Buvinic: “In terms of income, the countries in the region are among the most inequitable in the world. In the late 1990s, the wealthiest 20 percent of the population received some 60 percent of the income, while the poorest 20 percent only received about 3 percent. Income inequality deepened somewhat during the 1990s[.] Underlying income inequality, there are huge inequities in the distribution of assets, including education, land and credit. According to recent studies, the average length of schooling for the poorest 20 percent is only four years, while for the richest 20 percent is 10 years”. Cf. CESAR P. BOUILLON e MAYRA BUVINIC, *Inequality, Exclusion and Poverty in Latin America and the Caribbean: Implications for Development*, Background document for EC/IADB Seminar on Social Cohesion in Latin America, Bruxelas, 5-6 de junho de 2003, pp. 3-4; texto disponível em <http://www.iadb.org/sds/doc/soc-idb-socialcohesion-e.pdf> [26.06.2010].

latino-americanos. A título de exemplo, note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. Já o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos deu-se na Argentina em 1984, no Uruguai em 1985, no Paraguai em 1993 e no Brasil em 1998. Atualmente constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, merecem destaque o artigo 75.º, n.º 22, da Constituição Argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos e o artigo 5.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição Brasileira que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional.

À luz deste contexto, serão destacados dez desafios voltados ao fortalecimento do diálogo dos sistemas global e regional com a ordem local, por meio da incorporação dos parâmetros protetivos internacionais pela ordem local, visando a contribuir para a pavimentação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais no âmbito sul-americano:

1) Promover a ampla ratificação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da OEA

Com a democratização na região sul-americana, os Estados passaram a ratificar os principais tratados de direitos humanos. Ao longo dos regimes autoritários ditatoriais, os direitos humanos eram concebidos como uma agenda contra o Estado; apenas com a democratização, é que passaram a ser incorporados na agenda estatal, sendo criada uma institucionalidade inspirada nos direitos humanos (compreendendo a adoção de Programas Nacionais de Direitos Humanos, Secretarias especiais, Ministérios e Comissões em casas do poder Legislativo em diversos Estados latino-americanos). Emerge a concepção de que os direitos humanos são um componente essencial ao fortalecimento da democracia e do Estado de Direito na região.

Contudo, embora os Estados sul-americanos tenham aderido a um

universo significativo de instrumentos internacionais de proteção, resta ainda o desafio de ampliar a base consensual de ratificação do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais – que até 2015 contava apenas com 16 Estados-partes – e do Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que até 2015 contava apenas com 20 Estados-partes.

Ao compartilhar desta base consensual, os Estados sul-americanos estariam a aceitar o mesmo piso protetivo mínimo no campo da proteção de direitos sociais, o que se converte em um ponto de partida para a composição de um “*ius commune*”.

2) *Fortalecer a incorporação dos tratados de direitos humanos com um status privilegiado na ordem jurídica doméstica*

O constitucionalismo sul-americano tem se caracterizado por contemplar cláusulas constitucionais abertas a fomentar o diálogo constitucional-internacional, bem como a recepção privilegiada de tratados de direitos humanos na ordem doméstica.

A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no art. 75.º, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5.º, parágrafo 2.º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no artigo 105.º, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos. A Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no artigo 93.º, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos

humanos ratificados pelo país. Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país.

Logo, é neste contexto — marcado pela tendência de Constituições latino-americanas em assegurar um tratamento especial e diferenciado aos direitos e garantias internacionalmente consagrados — que se insere o desafio de encorajar todos os textos constitucionais latino-americanos a incluírem cláusulas abertas a conferir aos tratados de direitos humanos status hierárquico constitucional.

3) Fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade das leis

Além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local, fundamental é transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que realize o controle de convencionalidade. Sobre o tema, instigante estudo de Néstor P. Sagués, acerca da “*Situación (en los Tribunales nacionales) de la Doctrina del Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano*”⁶², propõe uma classificação baseada em quatro categorias de controle de convencionalidade: *a*) admissão expressa (com destaque à Argentina); *b*) admissão tácita (com destaque à Costa Rica, Peru, Chile, El Salvador e Bolívia); *c*) silêncio (com destaque ao Equador, Brasil, México e Colômbia); e *d*) negação tácita (com destaque ao grave caso venezuelano, em que a Sala Constitucional do Tribunal Supremo de Justiça declarou não executável um sentença da Corte Interamericana, encorajando o poder Executivo a retirar-se da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 18 de dezembro de 2008 (caso “*Apitz Barbera*”).

O pressuposto básico para a existência do controle de convencionalidade é a hierarquia diferenciada dos instrumentos internacionais de direitos humanos em relação à legalidade ordinária. A isto se soma o argumento de que, quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa fé.

Como enfatiza a Corte Interamericana: “Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados

⁶² Cf. NÉSTOR P. SAGUÉS, “*Situación (en los tribunales nacionales) de la doctrina del control de convencionalidad en el sistema interamericano*”, estudo realizado em 2010 e apresentado no simpósio “*Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius commune latinoamericano*”, no Max-Planck-Institute, em Heidelberg, em 25 de novembro de 2010.

pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. [O] poder Judiciário deve exercer uma espécie de «controle da convencionalidade das leis» entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana”⁶³.

O controle de convencionalidade das leis contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os standards, princípios e a jurisprudência internacional em matéria de direitos sociais. Também essencial é assegurar que as sentenças internacionais condenatorias de Estados sejam obrigatórias e diretamente executáveis, otimizando a justiciabilidade dos direitos sociais.

4) Fomentar programas de capacitação para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem os parâmetros protetivos internacionais em matéria de direitos sociais

A transformação da cultura jurídica requer a realização de programas de capacitação endereçados aos agentes públicos dos diversos poderes, a fim de que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos sociais, a principiologia específica aplicável a estes direitos e a jurisprudência protetiva internacional convertam-se em referência e parâmetros a guiar a conduta de tais agentes.

A elaboração de normas, a formulação de políticas públicas e a formulação de decisões judiciais devem louvar o princípio da boa fé no âmbito internacional, buscando sempre harmonizar a ordem doméstica à luz dos parâmetros protetivos mínimos assegurados na ordem internacional no campo dos direitos sociais.

⁶³ Ver caso *Almonacid Arellano and others vs. Chile*, acórdão de 26 de setembro de 2006. A título ilustrativo, em 24 de novembro de 2010, no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, a Corte Interamericana entendeu que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 153, em 29 de abril de 2010 – que manteve a interpretação de que a lei de anistia de 1979 teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes – afeta o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos, afrontando, ainda, o dever de harmonizar a ordem interna à luz dos parâmetros da Convenção Americana. Concluiu a Corte que “não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado brasileiro”, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da lei de anistia sem considerar as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 1.º, 2.º, 8.º e 25.º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

5) Assegurar o reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais na ordem constitucional com a previsão de instrumentos e remédios constitucionais que garantam sua justiciabilidade

Para fortalecer o diálogo entre a ordem internacional, regional e local em matéria de direitos sociais, fundamental é que o marco jurídico constitucional acolha a concepção contemporânea de direitos humanos. Isto é, endosse a visão integral dos direitos humanos, baseada na indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos civis e políticos e dos direitos sociais, econômicos e culturais. Fundamental ainda é enfatizar a paridade hierárquica destes direitos.

Em decorrência da visão integral dos direitos humanos, o devido reconhecimento constitucional aos direitos sociais surge como medida imperativa, bem como a previsão de remédios que assegurem a sua proteção, em casos de violação. A proteção aos direitos sociais requer a existência de remédios efetivos voltados à sua garantia, enfatizando a fórmula “there is no right without remedies”. Neste sentido, o papel das Cortes não é o de formular políticas públicas em matéria de direitos sociais, mas o de fiscalizar, supervisionar e monitorar tais políticas considerando os parâmetros constitucionais e internacionais⁶⁴.

Note-se que a própria jurisprudência do Comitê da ONU de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao interpretar o artigo 2.º do Pacto, adverte ser dever dos Estados a adoção de medidas que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto – o que estaria a incluir medidas legislativas, administrativas e também judiciais⁶⁵.

⁶⁴ A respeito, merece destaque decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil que consagra o direito à saúde como prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. Acrescenta a decisão que “é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo”. AI 734487, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 3 de agosto de 2010, DJe-154, publicado em 20.08.2010. Também merece menção decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça do Brasil a respeito da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, em caso envolvendo a obrigação do Poder Público no fornecimento de medicamentos, com a conclusão de que a reserva do possível não pode opor-se ao mínimo existencial. De acordo com o julgado: “Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”. AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 8 de junho de 2010, DJe 21.06.2010.

⁶⁵ O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sustenta que a expressão “por todos os meios apropriados” deve ser interpretada da forma mais ampla possível, de forma a abranger remédios judiciais. Cf. General Comment n.º 3, UN doc. E/1991/23.

Há que se fortalecer a perspectiva integral dos direitos humanos, que tem nos direitos sociais uma dimensão vital e inalienável, aprimorando os mecanismos de sua proteção e justiciabilidade, dignificando, assim, a racionalidade emancipatória dos direitos sociais como direitos humanos, nacional e internacionalmente garantidos.

6) *Garantir uma prioridade orçamentária para a implementação dos direitos sociais*

O princípio da utilização do máximo de recursos disponíveis voltados à implementação dos direitos sociais demanda seja fixada uma dotação orçamentária específica para a implementação de direitos sociais.

A título ilustrativo, a Constituição do Brasil estabelece um percentual da receita proveniente de impostos para a educação e para a saúde, sob pena, inclusive, de intervenção federal, nos termos do artigo 34.º, inciso VII, alínea e). Na Constituição da Colômbia também é estabelecida a prioridade para gastos em educação e saúde no campo orçamentário, nos termos dos artigos 347.º e 356.º a 357.º. Na mesma linha, a Constituição do Equador prevê, no campo das finanças públicas, que os recursos para a saúde, educação e justiça são prioritários, nos termos do artigo 286.º.

Imperioso é fomentar nos textos constitucionais latino-americanos previsões que assegurem dotação orçamentária específica para os direitos sociais, sobretudo a educação e a saúde, em respeito ao princípio da utilização do máximo de recursos disponíveis voltados à implementação dos direitos sociais consagrado no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ratificado por 28 Estados da região⁶⁶. A este princípio soma-se também o princípio da observância do *minimum core obligation*, na medida em que é dever dos Estados prover, ao menos, um núcleo essencial mínimo concernente aos direitos sociais, em defesa da prevalência da dignidade humana.

7) *Aplicar indicadores para avaliar a progressividade na aplicação dos direitos sociais*

Indicadores técnico-científicos capazes de mensurar a progressividade na aplicação dos direitos sociais surgem como uma medida de especial relevância voltada à plena implementação destes direitos⁶⁷. Além de conferir maior rigor

⁶⁶ Note-se que, dos 160 Estados-partes do referido Pacto, 28 são Estados membros da OEA.

⁶⁷ A respeito, cf. o documento *Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*, OEA/Ser.L/XXV.2.1, GT/PSSI/doc.2/11, 11 de março de 2011. Cf., ainda, *Report of the UN High Level Task Force on the implementation of the right to development for the April 2010 session of the Working Group, including the attributes of the right to development*

metodológico, a utilização de indicadores permite realizar o *human rights impact assessment* em relação às políticas, programas e medidas adotadas pelo Estado, permitindo a *accountability* com relação às obrigações contraídas pelo Estado no âmbito internacional e doméstico. Fomenta, ainda, a geração de dados, estatísticas e informações, que compõe a base sólida para a composição de um preciso diagnóstico sobre a progressividade dos direitos sociais. Fundamental, neste sentido, é gerar dados desagregados compreendendo os critérios de gênero, raça, etnia, idade, orientação sexual, dentre outros – o que permitirá aliar políticas especiais às políticas universalistas.

Por meio da utilização de indicadores é possível identificar avanços, retrocessos e inações dos poderes públicos em matéria de direitos sociais. É condição para compor um diagnóstico preciso do enquadramento das ações e inações públicas no marco dos direitos sociais, permitindo um balanço crítico de programas e medidas implementadas. É a partir de um diagnóstico preciso que também é possível identificar prioridades e estratégias visando ao aprimoramento da realização de direitos sociais, o que poderá compreender uma melhor e mais eficaz interlocução dos Poderes Públicos, mediante arranjos inter-institucionais orientados à plena implementação dos direitos sociais⁶⁸.

8) Impulsionar o componente democrático no processo de implementação dos direitos sociais

Em matéria de direitos sociais não bastam apenas os resultados, mas também importa o processo de sua realização. No campo da principiologia dos direitos sociais, especial relevância merece o princípio da participação, transparência e *accountability*.

O componente democrático é essencial para a adoção de ações, políticas e programas em direitos sociais. O componente participativo é estruturante aos direitos sociais, de forma a propiciar especialmente a participação dos grupos mais vulneráveis na formulação, implementação e monitoramento destes direitos.

and the list of criteria, sub-criteria and indicators, A/HRC/15/WG.2/TF/2. Add 2.

⁶⁸ Sobre o tema, destaca-se, a título ilustrativo, audiência pública no Supremo Tribunal Federal do Brasil para debater as questões relativas às demandas judiciais que objetivam prestações de saúde, contando com 49 especialistas, em abril de 2009. Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça adotou a resolução n.º 107, em 6 de abril de 2010, instituindo o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos. Destaca-se também a sistemática de reenvio, mediante a qual, em demandas de alta complexidade e litígios estruturais, cabe ao poder Judiciário identificar os parâmetros jurídicos a serem observados, remanescendo ao poder Executivo avaliar, sob o prisma técnico, a solução concreta a ser dada – o que expressa o diálogo entre os poderes públicos na implementação dos direitos sociais.

Neste sentido, a Constituição do Brasil assegura a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde, nos termos do artigo 198.º. A Constituição da Bolívia, no artigo 18.º, afirma que o sistema único de saúde será universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo e com controle social, realçando que os povos indígenas e camponeses têm direito a um sistema de saúde que respeite sua cosmovisão e práticas tradicionais. Por sua vez, a Constituição do Equador enuncia que a prestação de serviços de saúde será regida por princípios de universalidade, solidariedade, interculturalidade, qualidade, eficiência, precaução e bioética, com enfoque de gênero e geracional. Prevê também a Constituição da Colômbia que os serviços de saúde serão organizados com a participação da comunidade, nos termos do artigo 49.º. A respeito, destaca-se, ainda, emblemática decisão proferida pela Corte Constitucional colombiana (T-760-2008), ao frisar, em caso envolvendo a ampla revisão do sistema geral de segurança social, que a progressividade dos direitos sociais demanda a existência de programas, ações e políticas públicas orientadas à realização gradativa destes direitos (sendo inaceitável a inação continuada do Estado), com a necessária observância da participação democrática, no processo de elaboração, implementação e avaliação de políticas públicas.

9) Fortalecer o princípio da cooperação internacional em matéria de direitos sociais

Defende este artigo que, tal como o direito ao desenvolvimento, os direitos sociais também demandam não apenas ações, programas e políticas nacionais, mas também assistência e cooperação internacional. O princípio da cooperação internacional encontra respaldo jurídico na Declaração Universal, no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Protocolo de San Salvador, como já enfocado.

Daí a importância em avançar na arena da cooperação internacional vocacionada à proteção dos direitos sociais, a partir de uma agenda de prioridades regionais em matéria de direitos sociais.

10) Avançar no diálogo vertical e horizontal de jurisdições

A abertura da ordem local ao diálogo horizontal com outras jurisdições e ao diálogo vertical com jurisdições supra-nacionais é condição, requisito e pressuposto para a formação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais.

De um lado, é essencial que os sistemas sul-americanos possam enriquecer-se mutuamente, por meio de empréstimos constitucionais e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção dos direitos sociais. Também relevante seria identificar as *best practices* em direitos

sociais, estimulando sua adoção, com os ajustes necessários considerando as especificidades e particularidades de cada país.

Por outro, a abertura das ordens locais aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional, mediante a incorporação de princípios, jurisprudência e *standards* protetivos internacionais, é fator a dinamizar a pavimentação de um *ius commune* em direitos sociais na região.

Para a criação de um *ius commune* fundamental é avançar no diálogo entre as esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, para assegurar a maior efetividade possível aos direitos sociais sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos.

Por fim, se os direitos humanos não são um dado, mas um construído, as violações a estes direitos também o são. As violações, as exclusões, as injustiças são um construído histórico a ser desconstruído. É emergencial assumir o risco de romper com uma cultura que trivializa, naturaliza e banaliza a desigualdade e a exclusão social – especialmente em um contexto regional que ostenta a maior desigualdade do mundo.

Hannah Arendt afirma ser possível modificar pacientemente o deserto com as faculdades da paixão e do agir. Afinal se “all human must die; each is born to begin”⁶⁹.

⁶⁹ Cf. HANNAH ARENDT, *The Human Condition*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998. Para a autora: “Fluindo na direção da morte, a vida humana arrastaria consigo, inevitavelmente, todas as coisas humanas para a ruína e destruição, se não fosse a faculdade humana de interrompê-las e iniciar algo novo, faculdade inerente à ação como perene advertência de que os homens, embora devam morrer, não nascem para morrer, mas para começar”. IDEM, *A Condição Humana*, 10.ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 258.

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

O QUE RESTA DA DITADURA?

Giuseppe Tosi^{1,2}

– Como é que está tão certo de que Cifuentes não é meu agente?
– Porque interroguei Cifuentes.
– E torturou-o?
O Capitão Segura riu:
– Não. *Ele não pertence à classe torturável.*
– Eu não sabia que havia distinções de classe, quanto à tortura.
– Meu caro Sr. Wormold,
o senhor por certo compreende que há pessoas que esperam ser torturadas
e pessoas a quem tal ideia enche de indignação.
– E quais são os que pertencem à classe dos torturáveis?
– Os pobres de meu próprio país... e de qualquer país latino-americano.
Os pobres da Europa Central e do Oriente.
Claro que, nos países dos senhores,
onde reina o bem-estar, os senhores não têm pobres...
de modo que são *intorturáveis*.
Graham Green, *Nosso Homem em Havana*, 1958

“A tradição dos oprimidos nos ensina que o
«estado de exceção» em que vivemos
é na verdade a regra geral”.
Walter Benjamin, *Sobre o Conceito de História*, 1939

“Tu proverai sì come sa di sale
lo pane altrui, e come è duro calle
lo scendere e ’l salir per l’ altrui scale”³
Dante Alighieri, *Divina Comédia, Paraíso, Canto XVII*

¹ Professor Associado do Departamento de Filosofia da Universidade Federal da Paraíba.

² Agradeço as valiosas contribuições de Marcello Torelly, Waldir Porfirio e Lúcia Lemos, que contribuíram muito para melhorar o texto.

³ “Tu experimentarás como é salgado o pão alheio, e como é duro o caminho de subir e descer as escadas alheias”, referindo-se à experiência amarga do exílio, que o levou a peregrinar por várias cortes italianas e a morrer longe da sua pátria.

O presente ensaio se propõe a estudar a justiça de transição no Brasil, nos seus eixos fundamentais, e sobretudo a analisar as consequências e repercussões sobre o processo de democratização brasileiro. Há um conflito interpretativo sobre a “qualidade” da democracia brasileira. Segundo alguns analistas, as falhas e limitações do processo de transição da ditadura para a democracia seriam tão graves que o Brasil não poderia ser considerado um Estado de direito, mas um Estado de exceção; outros criticam esta tese afirmando que, apesar das numerosas exceções, o Brasil é uma democracia em fase de consolidação. Ao longo do artigo, procuraremos debater essas posições; mas, para tanto, precisamos primeiramente definir o que é “justiça de transição”.

1. Os quatro eixos da justiça de transição

A preocupação com uma saída jurídica, moral e politicamente negociada e socialmente compartilhada dos regimes violentos, totalitários ou autoritários, é algo relativamente novo, típico da política contemporânea⁴.

Durante a maior parte da história, os caminhos trilhados se colocavam entre a vingança perseguida sistematicamente ou a clemência e o esquecimento⁵. Pier Paolo Portinaro cita uma passagem dos *Discorsi* de Maquiavel bastante significativa, que analisa três soluções possíveis, depois de uma guerra interna entre facções opostas: “Não há outro remédio. De fato, só se pode empregar um dos três meios seguintes: ou matar sem piedade os culpados, como faziam os romanos; ou bani-los da cidade; ou obrigá-los a fazer a paz, aceitando o compromisso de não mais se atacarem”.

Maquiavel, porém, não concorda com esta terceira possibilidade:

Destes três meios, o último é o mais perigoso, o mais incerto e o mais inútil. Depois que se verteu sangue, é impossível impor a paz pela força durante muito tempo – sobretudo quando os inimigos se avistam todos os dias. É difícil impedi-los de se injuriarem; cada palavra que pronunciam pode dar motivo a nova querela.

E cita o exemplo de Pistoia, onde a concórdia foi restabelecida na cidade somente depois que os líderes das facções foram presos ou exilados. O Maquiavel do *Príncipe* prevalece aqui sobre o Maquiavel “republicano”; ou o realismo político, que nunca o abandonou, prevalece sobre a política das boas intenções⁶.

⁴ Cf. PIER PAOLO PORTINARO, *I Conti con il Passato: Vendetta, Amnistia, Giustizia*, Milão, Feltrinelli, 2011, p. 11.

⁵ Anistia ou amnistia, do grego, *amnestia*, “esquecimento”, *a-mnême*, falta de memória, de onde vem a palavra amnésia.

⁶ Cf. NICOLAU MAQUIAVEL, *Comentários sobre a Primeira Década de Tito Livio*, Brasília, Edi-

Segundo Pier Paolo Portinaro, a mudança histórica sobre o assunto ocorreu após a segunda guerra mundial: “Grande parte da literatura sobre o tema que apareceu na segunda metade do século XX teve como ponto de partida a tragédia do Holocausto”⁷. O autor indica quatro etapas pelas quais passou a justiça de transição, desde o tratado de Versalhes, após a Primeira Guerra Mundial, até a guerra ao terrorismo depois do 11 de setembro de 2001, passando pelos processos de Nuremberg e Tóquio, e pelos tribunais penais internacionais instaurados após o fim da guerra fria⁸.

Mas o autor se refere aqui a uma justiça de transição internacional, imposta do exterior aos países em conflito interno ou em guerra pelas potências vencedoras, e que os críticos chamam de “justiça dos vencedores”⁹. No entanto, nos ocuparemos aqui dos processos de justiça de transição que acontecem internamente aos países, após períodos de governos autoritários.

O conceito de justiça de transição é um aspecto do problema maior de “acertar as contas com o passado”, e não se refere unicamente ao tema da justiça *stricto sensu*, mas inclui várias dimensões: “O conhecimento do que aconteceu, os parâmetros morais e jurídicos para avaliar o que aconteceu, a solidariedade para com as vítimas e a vontade de que o que aconteceu não se repita”¹⁰.

Segundo Renan Quinalha, “justiça de transição designa um campo de reflexões e pesquisas ainda incipiente, que começa a ensaiar seus primeiros passos. Não há dúvida, porém que está em franca expansão nos debates acadêmicos e institucionais”¹¹. Ele a define como:

tora UnB, 2000, p. 381. Na Florença medieval e renascentista o método mais comum para resolver os conflitos era a vingança (*vendetta*) mais de que a clemência. Não é difícil encontrar ilustres exemplos de vinganças contra inimigos políticos: o frade dominicano Gerolamo Savonarola foi executado, queimado na fogueira na praça principal da cidade que ele havia liderado durante três anos; Nicolau Maquiavel foi preso, torturado e banido da vida pública, quando a república, a que ele serviu, foi substituída pela senhoria dos Medici; e o mais ilustre cidadão de Florença, Dante Alighieri, criador da língua italiana, foi exilado e nunca mais pôde voltar para a sua terra natal. Por isso, ele inicia a Divina Comédia com essas palavras: “Aqui começa a Comédia de Dante Alighieri, florentino de nascimento, não de costumes (*Incipit Comedia Dantis Alagherii, Florentini natione, non moribus*)”.

⁷ Cf. PIER PAOLO PORTINARO, *I Conti con il Passato: Vendetta, Amnistia, Giustizia*, Milão, Feltrinelli, 2011, p. 14.

⁸ Cf. PIER PAOLO PORTINARO, *I Conti con il Passato: Vendetta, Amnistia, Giustizia*, Milão, Feltrinelli, 2011, pp. 15-22.

⁹ Cf. DANILO ZOLO, *La Giustizia dei Vincitori: Da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

¹⁰ Em alemão *vergangenheitsbewältigung*, que pode ser traduzido com “acertar as contas com o passado”, em italiano, *fare i conti con il passato*. Cf. PIER PAOLO PORTINARO, *I Conti con il Passato: Vendetta, Amnistia, Giustizia*, Milão, Feltrinelli, 2011, pp. 15-22.

¹¹ Cf. RENAN HONÓRIO QUINALHA, *Justiça de Transição: Contornos do Conceito*, São Paulo, Outras Expressões: Dobra Editorial, 2013, pp. 120-121.

Uma justiça adaptada a sociedades que estão atravessando ou que recentemente atravessaram situações extremas de violência ou conflito, cuja gravidade foi capaz de prejudicar a estabilidade política e a coesão social que fundavam a vida em comum. Esta é a ideia forte do conceito¹².

Entre as situações de violência, o autor cita as guerras civis e o terrorismo de Estado, outro nome para indicar as ditaduras militares ou os regimes autoritários ou totalitários, aos quais a justiça de transição pretende dar:

Uma série de respostas no sentido de reparar um legado traumático pós-conflito ou pós-autoritário que afeta a integração e o desenvolvimento de determinada sociedade. Esse complexo de estratégias jurídicas e sociais, ativados tanto pelos diferentes poderes do Estado, quanto apropriado pelos sujeitos da sociedade civil, [orienta-se] basicamente por dois objetivos essenciais: por um lado, promover os direitos humanos violados e, por outro, fortalecer as instituições e as práticas democráticas¹³.

Entende-se, portanto, que a justiça de transição deve ser democrática, nos seus meios e objetivos, ou seja, deve prescrever como as democracias devem tratar os crimes cometidos durante os regimes de exceção, uma vez reestabelecida a “normalidade” democrática, e tomar medidas para que estes crimes não se repitam¹⁴.

Entre as dimensões da justiça de transição, quatro são as principais: i) a justiça propriamente dita; ii) as reparações morais, simbólicas e materiais; iii) a recuperação da memória e da verdade histórica; iv) a reforma das instituições violadoras dos direitos humanos. Há uma ampla concordância entre os autores de que estas são as dimensões principais de uma justiça de transição. As diferenças se dão na importância que cada autor atribui a esses aspetos, se os eixos estruturantes seriam as políticas de reparação e reconciliação ou o tema da Justiça e da reforma das instituições, sem os quais não haveria propriamente uma justiça de transição.

¹² Cf. RENAN HONÓRIO QUINALHA, *Justiça de Transição: Contornos do Conceito*, São Paulo, Outras Expressões: Dobra Editorial, 2013, p. 121.

¹³ Cf. RENAN HONÓRIO QUINALHA, *Justiça de Transição: Contornos do Conceito*, São Paulo, Outras Expressões: Dobra Editorial, 2013, p. 122 (interpolação nossa).

¹⁴ Cf. PAULO ABRÃO e TARSO GENRO, *Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil: Estudos sobre Justiça de Transição e Teoria da Democracia*, Belo Horizonte, Fórum, 2012; MARCELO D. TORELLY, *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.

Veremos como esses aspetos foram tratados no Brasil e nos dedicaremos sobretudo a estudar as repercussões sobre o processo de democratização brasileiro.

1.1. Justiça

Se entende por justiça a abertura de processos judiciais contra os agentes públicos que cometeram crimes durante a ditadura; o que passa necessariamente, no Brasil, pela reavaliação ou revogação da Lei de Anistia de 1979. Neste aspecto, o caminho brasileiro é mais acidentado daquele percorrido por outros países da América Latina como o Chile, a Argentina e Uruguai¹⁵, por exemplo, que processaram criminalmente e condenaram os autores dos crimes das ditaduras, na medida em que no Brasil a lei de Anistia de 1979 nunca foi revogada nem revista¹⁶.

Entre as várias iniciativas para a “reinterpretação” da Lei de Anistia, a mais significativa foi aquela promovida em 2008 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ou seja, a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), junto ao Supremo Tribunal Federal (STF). A ação solicitava à mais alta corte brasileira um posicionamento formal para saber se, em 1979, houve ou não anistia dos agentes públicos responsáveis pela prática de tortura, homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais e estupro contra opositores políticos, considerando, sobretudo, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e a insuscetibilidade de graça ou anistia do crime de tortura¹⁷.

¹⁵ Sobre os processos de justiça de transição em alguns países da América Latina, cf. FÉLIX REÁTEGUI (org.), *Justiça de Transição: Manual para a América Latina*, Brasília/Nova Iorque, Comissão de Anistia, Ministério da Justiça/Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

¹⁶ Cf. GIUSEPPE TOSI e JAIR PESSOA DE ALBUQUERQUE E SILVA, “A justiça de transição no Brasil e o processo de democratização”, in Giuseppe Tosi et al. (orgs.), *Justiça de Transição: Direito à Justiça, à Memória e à Verdade*, João Pessoa, Editora UFPB, 2014, pp. 41-61. Sobre a Lei de Anistia de 1979, ver as considerações de Paulo Abrão e Marcelo Torelly, que apresentam três fases da Anistia brasileira: a primeira como “liberdade”, a segunda como “reparação” e apontam “para o surgimento de uma terceira fase de significação social da ideia de “anistia” no processo transicional brasileiro, a qual chamamos de anistia enquanto verdade e justiça. Estas percepções alteram, concretamente, os pressupostos da anistia enquanto impunidade e esquecimento, propagada durante o regime militar e, ainda, afirmada por setores e instituições conservadoras. Cf. PAULO ABRÃO e MARCELO D. TORELLY, “Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira: A terceira fase da luta pela anistia”, in Giuseppe Tosi et al. (orgs.), *Justiça de Transição: Direito à Justiça, à Memória, à Verdade*, João Pessoa, Editora UFPB, 2014, pp. 63-86.

¹⁷ Cf. GIUSEPPE TOSI e JAIR PESSOA DE ALBUQUERQUE E SILVA, “A justiça de transição no Brasil e o processo de democratização”, in Giuseppe Tosi et al. (orgs.), *Justiça de Transição: Direito à Justiça, à Memória e à Verdade*, João Pessoa, Editora UFPB, 2014, p. 50. O texto da

Outra dimensão importante da ADPF n.º 153, que merece ser lembrada, é o questionamento sobre a recepção da Lei de 1979 pela Constituição de 1988, que foi uma ocasião perdida para revogar e declarar inconstitucional a lei de Anistia¹⁸.

No entanto, em abril de 2010, por maioria dos seus membros, a Suprema Corte brasileira negou o pedido contido da ADPF n.º 153 impetrado pela OAB, encerrando as possibilidades jurídicas internas de levar os criminosos para julgamento e assim fazer justiça às vítimas da ditadura militar¹⁹.

Externamente, porém, houve em novembro de 2010 uma sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que declarava a Lei de Anistia Brasileira incompatível com a Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, no tocante à obrigação de promover a persecução e a punição criminal dos agentes violadores de direitos durante o regime militar²⁰. A sentença instava o Estado a adotar, em prazo razoável, todas as medidas necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado em conformidade com os parâmetros interamericanos expressos na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas²¹.

Até o momento, porém, esta sentença não teve como consequência a responsabilização individual, apesar das tentativas do Ministério Público Federal, que abriu mais de cem investigações e já moveu doze ações penais, que o judiciário sistematicamente negou.

ADPF n.º 153 está disponível em http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/ADPF_anistia.pdf [09.11.2016].

¹⁸ Sobre a ADPF n.º 153, ver o “Parecer oficial do Ministério da Justiça” favorável ao acolhimento do pedido da OAB, “argumentando o cabimento da Arguição de Preceito Fundamental, na modalidade incidental, por entender presentes seus requisitos: relevância de controvérsia constitucional; tenha por objeto lei o ato normativo; trata-se de medida subsidiária; lesão a preceito fundamental”. *Apud* PAULO ABRÃO e TARSO GENRO, *Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil: Estudos sobre Justiça de Transição e Teoria da Democracia*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, pp. 123-166.

¹⁹ Não faltaram tentativas de reabrir a questão. A OAB e a Associação Brasileira dos Anistiados Políticos – ABAP – deram entrada, meses depois da sentença, a várias petições junto ao SFT requerendo realização de audiência pública para tratar sobre o assunto. No ano seguinte, a OAB ingressou com embargos de declarações contra a decisão daquela Corte, que não foram julgados até a presente data. A Procuradoria Geral da República já opinou, em 21 de dezembro de 2011, pela inadmissibilidade dos embargos.

²⁰ A sentença da Corte está disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf [09.11.2016].

²¹ Cf. ANA LUISA ZAGO DE MORAES, “O «caso Araguaia» na Corte Interamericana de Direitos Humanos”, in *Revista Liberdades*, n.º 8, setembro/dezembro de 2011.

1.2. Reconhecimento e reparações

Se entende o reconhecimento, moral e político, oficial das responsabilidades do Estado pelos crimes praticados por agentes públicos, o que implica na obrigação do Estado de promover a *reparação* moral e o *ressarcimento* material dos danos sofridos pelas vítimas e pelos familiares. Segundo Pablo de Greiff, de acordo com o direito internacional, a reparação, ou melhor as “reparações” incluem vários aspetos:

- Restituição, que se refere àquelas medidas que procuram restabelecer o *status quo ante* da vítima. Essas medidas vão da restauração de direitos tais como a cidadania e a liberdade, à restituição do emprego e outros benefícios, até a restituição de propriedades.
- Compensação, que se refere àquelas medidas que procuram compensar os danos sofridos por meio da quantificação desses danos, em que o dano se entende como algo que vai muito além da mera perda econômica e inclui a lesão física e mental e, em alguns casos, também a lesão moral.
- Reabilitação, que se refere a medidas que fornecem atenção social, médica e psicológica, assim como serviços legais.
- Satisfação e garantias, que constituem categorias especialmente de não repetição, pois incluem medidas tão distintas como afastamento das violações, verificação dos fatos, desculpas oficiais, sentenças judiciais que restabelecem a dignidade e a reputação das vítimas, plena revelação pública da verdade, busca, identificação e entrega dos restos mortais de pessoas falecidas ou desaparecidas, junto com a aplicação de sanções judiciais ou administrativas aos autores dos crimes, e reformas institucionais²².

O Estado brasileiro demorou muito para reconhecer oficialmente estes direitos. Somente em 1995, foi criada pelo Governo, por pressão e persistência das vítimas e dos familiares, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, e somente em 2001, foi criada, a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça²³.

Embora tardiamente, a Comissão de Anistia realizou e continua realizand-

²² Cf. PABLO DE GREIFF, “Justiça e Reparações”, in *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n.º 3, janeiro/junho de 2010, pp. 43-44.

²³ Cf. Secretaria Especial dos Direitos Humanos/Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, *Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*, Brasília, 2007, disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/mortos-e-desaparecidos-politicos/pdfs/livro-direito-a-memoria-e-a-verdade> [09.11.2016].

do um excelente trabalho: julgou mais de setenta mil processos, promoveu dezenas de Caravanas da Anistia²⁴ em todos os Estados do país e instalou centenas de sessões de julgamento, que permitiram a participação, nas audiências públicas, das vítimas e dos seus familiares, e mais em geral da sociedade.

Trata-se de eventos que tiveram e continuam tendo repercussão na sociedade e que contribuíram muito para a retomada do tema da memória e da verdade na agenda política do Brasil²⁵. Nas audiências, os membros da comissão, em nome do Estado Brasileiro, reconhecem a responsabilidade estatal pelos crimes cometidos, pedem oficialmente desculpa às vítimas e a seus familiares, e determinam um valor para o ressarcimento das perdas sofridas durante o regime militar.

No entanto, muitos processos não foram acolhidos, porque faltavam documentos comprobatórios, que o próprio Estado destruiu ou ocultou e que, portanto, não estavam disponíveis pela negligencia ou cumplicidade do Estado²⁶.

1.3. Memória e verdade

Apesar dos avanços realizados nos últimos anos, o Brasil processa com dificuldades o resgate da memória e da verdade sobre o que ocorreu com as vítimas atingidas pela repressão política durante o regime de 1964. A impossibilidade de acesso a todas as informações oficiais impede que familiares de mortos e desaparecidos possam conhecer os fatos relacionados aos crimes praticados e não permite à sociedade elaborar seus próprios conceitos sobre aquele período.

Somente a partir de 2000, o Governo Federal acelerou o processo, em particular através do trabalho realizado pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (DEMMP), da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e da Comissão de Direitos Humanos da Câmara Federal.

Em 2005, o Governo Federal determinou que os três arquivos da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) fossem entregues ao Arquivo Nacional, então subordinado à Casa Civil, onde passaram a ser organizados e digitalizados. Em 2007, foi lançado, pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência

²⁴ As Caravanas da Anistia são um projeto itinerante que visita os vários Estados da Federação com sessões de julgamentos públicos de processos de cidadãos e/ou familiares atingidos pelos atos de exceção no período de 1946 a 1988.

²⁵ Informações sobre as atividades da Comissão de Anistia podem ser encontradas no portal: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/anistia#>.

²⁶ Ver também o enorme trabalho para resgatar essa história dos grupos da sociedade civil, entre eles destacamos o “Tortura Nunca Mais”: <http://www.torturanuncamais-rj.org.br/>.

da República (SEDH/PR) e pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), o livro-relatório *Direito à Memória e à Verdade*, registrando os 11 anos de trabalho daquela Comissão e resumindo a história das vítimas da ditadura no Brasil²⁷. Finalmente, a trajetória de estudantes, profissionais liberais, trabalhadores e camponeses que se engajaram no combate ao regime militar, e que foram mortos ou foram alvos de desaparecimentos forçado aparece como documento oficial do Estado brasileiro²⁸.

Em 2009, o Presidente da República Luis Ignácio Lula da Silva coordenou o ato de lançamento do projeto *Memórias Reveladas*, sob responsabilidade da Casa Civil, que interliga digitalmente o acervo recolhido ao Arquivo Nacional, com vários outros arquivos federais sobre a repressão política e com arquivos estaduais de 15 unidades da Federação, superando 5 milhões de páginas de documentos²⁹.

Cabe, agora, completar esse processo mediante recolhimento ao Arquivo Nacional de todo documento indevidamente retido ou ocultado. Com o propósito de regulamentar o direito constitucional de acesso dos cidadãos às informações públicas, a Presidente Dilma Rousseff³⁰ sancionou a Lei 12.527 em 18 de novembro de 2011. Seus dispositivos são aplicáveis aos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Este processo de reconstrução da memória e da verdade tomou um impulso em 16 de maio de 2012, com a criação da Comissão Nacional da Verdade,

²⁷ Cf. Secretaria Especial dos Direitos Humanos/Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, *Direito à Memória e à Verdade: Comissão Especial Sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*, Brasília, 2007, disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/mortos-e-desaparecidos-politicos/pdfs/livro-direito-a-memoria-e-a-verdade> [09.11.2016].

²⁸ Cf. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, *Camponeses Mortos e Desaparecidos: Excluídos da Justiça de Transição*, Série Direitos à Memória e à Verdade, 2013, disponível em: <http://dh.sdh.gov.br/download/dmv/camponeses.pdf> [09.11.2016]. Cf., igualmente, ELIETER FERRER (org.), *68 A Geração que Queria Mudar o Mundo: Relatos*, Brasília, Ministério da Justiça, Comissão da Anistia, 2011.

²⁹ Cf. Informação disponível em www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/ [09.11.2016]. No âmbito deste projeto, a Comissão de Anistia, em parceria com o Núcleo de Cidadania e Direitos Humanos da UFPB, assinou um convênio com a Fundação Lelio Basso de Roma para digitalizar todo o acervo do Tribunal Russell II, um tribunal de opinião que atuou nos anos 70 para julgar as violações aos direitos humanos nas ditaduras militares latino-americanas. Foram também traduzidos e publicados quatro livros contendo as atas do tribunal. Cf. GIUSEPPE TOSI e LÚCIA DE FÁTIMA GUERRA FERREIRA (orgs.), *Chile, Bolívia e Uruguai: Atas da Primeira Sessão do Tribunal Russell II*, reedição do original em italiano de 1975, João Pessoa, Editora da UFPB, 2014; IDEM, *Brasil, Violação dos Direitos Humanos*, reedição do original em italiano de 1975, João Pessoa, Editora da UFPB, 2014; IDEM, *As Multinacionais na América Latina*, reedição do original em italiano de 1975, João Pessoa, Editora da UFPB, 2014. Todos os livros estão disponíveis em www.cchla.ufpb.br/ncdh [09.11.2016].

³⁰ A presidente foi uma militante ativa na luta armada contra a ditadura, presa e torturada pelo regime militar nos anos 1970.

ligada à Casa Civil da Presidência da República, com o objetivo de esclarecer – incluindo a autoria – casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres, ocorridos entre 1946 e 1988³¹.

Após dois anos e oito meses de trabalho, a Comissão da Verdade entregou seu Relatório Final à Presidência da República, no dia 10 de dezembro de 2014, fruto de várias audiências públicas, visitas aos locais para recolher depoimentos de vítimas e agentes do regime. Trata-se de um longo e circunstanciado relato sobre os casos investigados, apresentando conclusões e recomendações de políticas públicas para que aquele tipo de violação não volte a se repetir³².

O trabalho da Comissão foi auxiliado pelas inúmeras comissões estaduais da verdade, criadas em vários Estados pelo poder legislativo ou executivo e por outras comissões promovidas por Universidades e setores da sociedade civil, como as seções estaduais da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ou dos sindicatos de trabalhadores e os comitês de familiares de presos políticos.

A nova fase da busca pela verdade e memória será o de exigir do Governo Federal o cumprimento das recomendações que incluem, dentre outros, identificar e tornar público os locais das violações praticados naquele período, transformando-os em memoriais para que a sociedade venha a ter conhecimento dos crimes contra a humanidade que ali forma perpetrados. Entre as recomendações está também a de repassar as informações recolhidas para o Ministério Público e o Judiciário, cobrando a apuração dessas violações e exigindo que se faça justiça com a condenação daqueles que a praticaram.

No entanto, como afirma Marcelo Torelly:

Apesar de todos os esforços, incluídos na classificação deste estudo na seara da «memória», no escopo daquilo que definimos como «direito à verdade», o Brasil ainda tem severas pendências por sanar. Restam excluídos do acesso público de três importantes conjuntos de arquivos, alegadamente destruídos: o arquivo do CISA (Centro de Informações de Segurança da Aeronáutica); o arquivo do CIE (Centro de Informações do Exército) e o arquivo do CENIMAR (Centro de Informações da Marinha). Para que sejam identificadas e tornadas públicas as estruturas utilizadas para a prática de violações aos direitos humanos e sejam discriminadas as práticas de tortura, morte e desaparecimento, a localização

³¹ A Comissão Nacional da Verdade, além de levantar informações sobre os trabalhadores e militantes urbanos das organizações de oposição, se ocupou também da repressão aos militares, às igrejas cristã, aos camponeses e, em particular, aos povos indígenas, que até o momento não haviam sido contemplados nas estatísticas das vítimas da ditadura. Cf. *Relatório da CNV*, vol. II, disponível em http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf [09.11.2016].

³² O relatório da Comissão da Verdade pode ser encontrado em <http://www.cnv.gov.br/> [09.11.2016].

desses arquivos – que fortes indícios apontam estarem nas mãos de particulares – ainda é fundamental³³.

Vários documentos oficiais do exército e das polícias foram destruído ou continuam ocultados, o que faz com que a reconstrução da memória esteja mais a cargo das vítimas do que dos algozes, que na sua maioria continuam não somente impunes, mas desconhecidos³⁴.

1.4. Reforma das instituições

Finalmente há um quarto aspecto da justiça de transição que queremos ressaltar neste ensaio, ou seja, a reforma das instituições perpetradoras dos abusos e crimes. Este é o aspecto mais importante, porque o objetivo principal e primordial de uma justiça de transição é evitar a repetição do que aconteceu: o seu lema é “nunca mais” ou a “educação para o não-retorno”³⁵. É uma tentativa de esconjurar ou desafiar a reversibilidade dos acontecimentos históricos, colocando (pelo que é humanamente possível) um ponto de não-retorno, uma virada de página, uma cláusula pétrea no pacto social que funda o Estado Democrático de Direito.

O que está em jogo nesta discussão é a “qualidade” da democracia brasileira, ou seja, é avaliar se, após mais de 50 anos do início e mais de 25 anos do fim da ditadura, podemos considerar que a transição para a democracia esteja concluída e as instituições democráticas consolidadas³⁶.

A hipótese que vamos levantar é que o Brasil, à diferença de outros países da América Latina³⁷, não processou adequadamente todas as dimensões da

³³ Cf. MARCELO D. TORELLY, *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, pp. 289-290.

³⁴ O anonimato, no entanto, começa a ser desvelado; o relatório da Comissão Nacional da Verdade aponta os nomes de 377 pessoas como responsáveis diretas ou indiretas pela prática de tortura e assassinatos durante a ditadura militar, entre 1964 e 1985. Informação disponível em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/comissao-da-verdade-responsabiliza-377-por-crimes-durante-ditadura.html> [09.11.2016].

³⁵ Cf. EVARISTO ARNS, *Brasil: Nunca Mais. Um Relato Para a História*, Petrópolis, Vozes, 1996.

³⁶ Sobre os critérios para a consolidação da democracia e fim da transição, cf. RENAN HONÓRIO QUINALHA, *Justiça de Transição: Contornos do Conceito*, São Paulo, Outras Expressões: Dobra Editorial, 2013, pp. 207-224.

³⁷ Como os exemplos de Argentina, Chile e Uruguai, que levaram à prisão até mesmo ex-presidentes de suas respectivas ditaduras. Sobre as acusações que levaram à prisão do ex-ditador Argentino, Jorge Rafael Videla, cf. informação disponível em <http://www.lanacion.com.ar/1582872-las-causas-que-enfrento-jorge-rafael-videla> [09.11.2016]. Para a justiça de transição chilena, até a prisão de Pinochet, cf. PAMELA PALMEIRA, “Os caminhos da judicialização: Uma observação sobre o caso chileno”, in Félix Reátegui (org.), *Justiça de Transição: Manual para a América Latina*, Bra-

transição democrática e que, portanto, esta transição é incompleta, inconclusa. Por isso, as “heranças malditas” deixadas pela ditadura continuam a condicionar o sistema democrático brasileiro como um todo, sobretudo no âmbito da segurança pública.

Sobre este tema, se acendeu no Brasil um intenso debate entre os que defendem que, apesar de todas as limitações apontadas, o Brasil e também outros países da América Latina, com as devidas diferenças, estão atravessando um processo de consolidação democrática e os que afirmam que a herança da ditadura não se configura como algo pontual, com reflexos somente em algumas instituições, mas é algo muito mais abrangente, que “representa um Estado de exceção permanente”.

Respondendo à pergunta do título de um livro publicado no Brasil, “O que resta da ditadura”³⁸, podemos responder que “ainda resta muito”. Ao mesmo tempo, queremos debater se esta herança faz com que o Brasil seja “um estado de exceção permanente”, ou se, apesar de todas as limitações e ambiguidades, esta tese não se sustenta.

2. O que resta da ditadura?

A pergunta fundamental é: quais são as consequências que uma justiça de transição inacabada ou incompleta comporta para o Estado Democrático de Direito brasileiro? Para responder a essa questão, analisaremos três aspetos: a cultura (anti)democrática, os aparelhos de segurança e a qualidade do nosso sistema democrático.

Uma *primeira* questão diz respeito à carência ou à falta de enraizamento de uma cultura democrática num país como o Brasil, que viveu longos períodos de autoritarismo, desde a sua fundação, e inclusive no período republicano. Apesar de terem passado mais de 25 anos da promulgação da Constituição de 1988 e do país viver “formalmente” um dos mais longos períodos de normalidade democrática, o compromisso da maioria da população com a democracia é muito frágil e lábil, como afirma uma pesquisa recente:

sília/Nova Iorque, Comissão de Anistia, Ministério da Justiça/Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, pp. 291-305. Para a prisão de Juan María Bordaberry, ex-ditador uruguaio, cf. JO-MARIE BURT, “Desafiando a impunidade nas cortes domésticas: processos judiciais pelas violações de direitos humanos na América Latina”, in Félix Reátegui (org.), *Justiça de Transição: Manual para a América Latina*, Brasília/Nova Iorque, Comissão de Anistia, Ministério da Justiça/Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 307.

³⁸ Cf. EDSON TELES e VLADIMIR SAFATLE (orgs.), *O Que Resta da Ditadura*, São Paulo, Boitempo, 2010.

Pesquisas anuais revelam que no Brasil o número de cidadãos «democráticos», isto é, aqueles que dizem preferir a democracia a outras formas de regime político, é significativamente pequeno (40%), em comparação com a média dos países latino-americanos (53%). Acrescente-se a isso o elevado número de «ambivalentes» (54% da população brasileira contra 40% da média latino-americana), cidadãos que, apesar de preferir a democracia a outros regimes políticos, não aderem a ela como a única alternativa aceitável³⁹.

Para entender este fenômeno, é preciso relembrar que o golpe não foi somente militar, mas civil-militar, ou seja, contou com o apoio de amplos setores da classe dominante e de classe média, representadas por instituições poderosas e prestigiosas como a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Associação Brasileira da Imprensa (ABI) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que só posteriormente se distanciaram e fizeram oposição à ditadura⁴⁰.

Naquela conjuntura de guerra fria houve um elemento ideológico que, ousaria dizer, foi determinante para a deflagração e o êxito do golpe: o anti-comunismo, que contava com o apoio de amplos setores, inclusive nas classes populares.

Os recentes episódios ocorridos no Brasil de intolerância religiosa e política, de apelo à volta dos militares, de retorno de um anticomunismo primitivo, de incitamento ao ódio social, que circulam nas redes sociais e nas ruas, em algumas manifestações públicas e são ampliados pelos meios de comunicação, são um sinal preocupante de que a ideologia que apoiou e deu sustentação ao golpe continua exercendo uma influência social considerável e perigosa⁴¹.

No Brasil, ainda não se tem uma “memória compartilhada” destes episódios, e as falhas do processo de transição, por exemplo como relação à memória e à verdade são um dos fatores principais para tanto. Como alerta o Programa Nacional de Direitos Humanos 3:

A investigação do passado é fundamental para a construção da cidadania. Estudar o passado, resgatar sua verdade e trazer à tona seus acontecimentos, caracterizam forma de transmissão de experiência histórica que é es-

³⁹ Cf. MARCELO SEVAYBRICKER, “49 Anos do Golpe de 64: Qual Democracia?”, in *Carta Maior*, edição de 3 de abril de 2013, disponível em <http://www.cartamaior.com.br/?/Opinioao/49-anos-do-golpe-de-64-qual-democracia-/28588> [09.11.2016].

⁴⁰ Cf. ÉDER DANTAS, PAULO GIOVANI A. NUNES e RODRIGO FREIRE DE CARVALHO E SILVA (orgs.). *Golpe Civil-Militar e Ditadura na Paraíba: História, Memória e Construção da Cidadania*, João Pessoa, Editora da UFPB, 2014.

⁴¹ Cf. RENAN HONÓRIO QUINALHA, *Justiça de Transição: Contornos do Conceito*, São Paulo, Outras Expressões: Dobra Editorial, 2013, pp. 86-92.

sencial para a constituição da memória individual e coletiva. A história que não é transmitida de geração a geração torna-se esquecida e silenciada. O silêncio e o esquecimento das barbáries geram graves lacunas na experiência coletiva de construção da identidade nacional.

Resgatando a memória e a verdade, o País adquire consciência superior sobre sua própria identidade, a democracia se fortalece. As tentações totalitárias são neutralizadas e crescem as possibilidades de erradicação definitiva de alguns resquícios daquele período sombrio, como a tortura, por exemplo, ainda persistente no cotidiano brasileiro.

O trabalho de reconstituir a memória exige revisitar o passado e compartilhar experiências de dor, violência e mortes. Somente depois de lembrá-las e fazer seu luto, será possível superar o trauma histórico e seguir adiante. A vivência do sofrimento e das perdas não pode ser reduzida a conflito privado e subjetivo, uma vez que se inscreveu num contexto social, e não individual.

A compreensão do passado por intermédio da narrativa da herança histórica e pelo reconhecimento oficial dos acontecimentos possibilita aos cidadãos construir os valores que indicarão sua atuação no presente.

O Brasil precisa não somente avançar nestes aspectos, mas evitar os retrocessos institucionais, políticos e ideológicos que ameaçam a consolidação do processo democrático.

Um *segundo* aspecto se refere à “herança maldita” da ditadura no sistema de segurança pública brasileiro, onde se manifesta de maneira mais direta e grave.

Por exemplo, do ponto de vista da memória e da verdade, na formação dos profissionais da segurança pública e dos militares, há avanços e retrocessos. Na formação dos policiais civis e federais, bem como militares, a partir do Programa Nacional de Direitos Humanos de 1996 e em todos os seguintes, houve uma reformulação da grade curricular das Academias e Escolas de Polícia, com a introdução, como disciplina ou como tema transversal, dos direitos humanos, o que inclui também o tema da memória e história do golpe civil-militar.

Graças, sobretudo ao trabalho realizado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública vinculada ao Ministério da Justiça através da Rede Nacional de Altos Estudos em Segurança Pública (RENAESP), em colaboração com as universidades públicas e particulares, o *discurso* dos policiais em relação aos direitos humanos está mudando e está sendo formada uma nova geração de profissionais da segurança comprometida com o respeito dos direitos humanos⁴².

⁴² Cf. LÚCIA LEMOS DIAS e PAULO VIEIRA DE MOURA, *Educando para uma Segurança Pública Democrática*, João Pessoa, Editora UFPB, 2014.

O mesmo processo não está acontecendo no exército que, – apesar de estar passando por uma reestruturação profunda nas sua função interna (engajado em missões sociais e de desenvolvimento do país) e externa (engajado em missões de intervenção “humanitária” sobre a égide da ONU) –, não permite absolutamente que a formação dos praças e dos oficiais seja influenciada por interpretações diferentes da história oficial que considera o golpe de 64 (chamado ainda de “revolução de 64”) e a ideologia que o inspirou, como algo necessário para a “salvação” da pátria naquele momento histórico.

De qualquer forma, apesar das mudanças positivas nos discursos, a *prática* dos profissionais da segurança e dos militares é ainda marcada pela herança deixada pela ditadura. O exemplo mais gritante é a tortura, que continua a ser praticada pelos agentes públicos em ampla escala e na total impunidade nos presídios⁴³, nas delegacias⁴⁴, nos quartéis e nas comunidades pobres⁴⁵.

Outro exemplo gritante são os altos índices de assassinatos, majoritariamente de jovens, pobres, e negros perpetrados pelo crime organizado, mas também pela polícia que é uma das mais violentas do mundo, segundo as análises das organizações nacionais como o Núcleo de Estudos da Violência da USP e o Observatório da violência Policial em São Paulo⁴⁶ e internacionais, tais como a Human Rights Watch⁴⁷.

O Brasil é um dos países do mundo em que os policiais matam mais e, ao mesmo tempo, um dos países do mundo onde morrem mais policiais em serviço ou fora dele; o que mostra a falência do sistema de segurança. E não mencionamos aqui a situação das prisões e cadeias, que se parecem como o *Inferno* de Dante.

O que mudou foi o público alvo: após a “exceção” do período ditatorial no qual foram torturados e mortos representantes das classes “não torturáveis”, ou seja, militantes políticos da classe média, se voltou a torturar e a matar os representantes das “classes torturáveis”, ou seja, os pobres, os negros, os jovens das

⁴³ “Caso de tortura no Presídio Regional de Joinville ainda não tem punições”, notícia disponível em <http://anoticia.clicrbs.com.br/sc/seguranca/noticia/2015/09/caso-de-tortura-no-presidio-regional-de-joinville-ainda-nao-tem-punicoes-4858723.html> [09.11.2016].

⁴⁴ “Jovem acusa policial de tortura dentro de delegacia”, notícia disponível em <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2016-01-18/jovem-acusa-policial-de-tortura-dentro-de-delegacia.html> [09.11.2016].

⁴⁵ “PMs de UPP são presos e afastados após denúncia de tortura em favela do Rio”, notícia disponível em <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/12/26/pms-de-upp-sao-presos-e-afastados-apos-denuncia-de-tortura-em-favela-do-rio.htm> [09.11.2016]. Cf. também BENONI BELLI, “Violência policial e segurança pública: Democracia e continuidade autoritária no Brasil contemporâneo”, in *Impulso*, vol. 15, n.º 37, 2004, pp. 17-34.

⁴⁶ Informação sobre o Observatório encontra-se disponível em <http://www.ovp-sp.org/>.

⁴⁷ Cf. HUMAN RIGHTS WATCH, *Relatório Mundial 2015: Brasil Eventos de 2014*, disponível em <https://www.hrw.org/pt/world-report/2015/country-chapters/268103#5d8cdf> [09.11.2016].

periferias, conforme a divisão do Capitão Segura em *Nosso Homem em Havana*, de Graham Green. Para eles, para os oprimidos de todos os tempos, como dizia Walter Benjamin, a regra não é o Estado de Direito, mas o estado de exceção.

3. Estado democrático de direito ou estado de exceção permanente

Estas reflexões nos introduzem para ao *terceiro* aspecto da nossa questão, que atinge a democracia brasileira como um todo. Neste sentido, se abriu um debate entre os que defendem que “o Brasil forjado na ditadura representa um estado de exceção permanente” e os que consideram esta tese “um arroubo esquerdista e não uma formulação teórica séria”.

Estou me referindo ao debate a distância entre os filósofos Paulo Arantes e Edson Teles, de um lado e o ex-ministro da Justiça do governo Lula, e à época Governador do Rio Grande do Sul, um dos fundadores e líderes do Partido dos Trabalhadores, Tarso Genro, do outro. Para expor este debate, utilizaremos a entrevista da jornalista Bia Barbosa que apareceu na revista eletrônica *Carta Maior* e a resposta de Tarso Genro na mesma revista, para depois tecer alguns comentários⁴⁸.

A jornalista parte da definição tradicional de “Estado de exceção”, como um momento de suspensão temporário dos direitos e das garantias em situação de emergência nacional, nos regimes democráticos, ou como prática comum dos regimes autoritários. O seu oposto seria o Estado Democrático de Direito. No entanto, afirma a jornalista, num seminário realizado em São Paulo em 2012, “a existência de um estado de exceção dentro do Estado de Direito seria exatamente a característica do Brasil atual, forjada no período da ditadura militar e que, mesmo após a redemocratização do país, não se alterou”.

Esta é a tese do filósofo Paulo Arantes, professor aposentado do Departamento de Filosofia da Universidade de São Paulo (USP), o qual avalia que:

Que tipo de Estado e sociedade temos depois do corte feito em 64, do limiar sistêmico construído por coisas que parecem normais numa sociedade de classes, mas que não são? O fato da classe dominante brasileira

⁴⁸ A entrevista a Paulo Arantes e Edson Teles apareceu na revista *Carta Maior*, edição de 18 de julho de 2012, sob o título: “Brasil forjado na ditadura representa Estado de exceção permanente”, disponível em <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Direitos-Humanos/-Brasil-forjado-na-ditadura-representa-Estado-de-excecao-permanente-%0d%0a/5/25670> [09.11.2016]. A resposta de Tarso Genro aparecer na mesma revista, na edição do dia 24 de julho de 2012, com o título “Estado de Exceção no Brasil?”, disponível em <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/%27Estado-de-Excecao-no-Brasil-%27/4/25641> [09.11.2016].

poder se permitir tudo a partir da ditadura militar é algo análogo à explosão de Hiroshima. Depois que a guerra nuclear começa ela não pode mais ser desinventada. Quando, a partir de 64, a elite brasileira branca se permite molhar a mão de sangue, frequentar e financiar uma câmara de tortura, por mais bárbara que tenha sido a história do Brasil, há uma mudança de qualidade neste momento.

Para o filósofo, o país foi forjado pela ditadura porque parte da população e das instituições apoiou o autoritarismo dos militares.

A ditadura não foi imposta. Ela foi desejada. Leiam os jornais publicados logo após 31 de março de 1964. Todos lançaram manifestos de apoio ao golpe, era algo arrebatador. CNBB, ABI, OAB, todo mundo que hoje é advogado do Estado de Direito apoiou. Se criou um mito de que a sociedade foi vítima de um ato de violência, mas a imensa maioria apoiou o golpe.

Da mesma forma, sustenta Arantes, a ditadura não foi derrotada, mas acabou quando alcançou os seus objetivos:

E a ditadura se retirou não porque foi derrotada, mas porque conquistou seus objetivos. A abertura de Geisel⁴⁹ foi planejada, já tinha dado certo com o milagre econômico. Tanto que seus ideólogos estão aí, como principais conselheiros econômicos da era Lula-Dilma, e que a ordem militar está toda consolidada na Constituição de 88.

A jornalista, então, introduz no debate Edson Teles, membro da Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos do Brasil e professor de filosofia da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), o qual afirma que:

A Constituição de 1988 foi apenas uma das formas de lançar o Brasil num Estado de exceção permanente, definido por ele quando a própria norma é usada para suspender a ordem; ou quando aquilo que deveria ser a exceção acaba se tornando ou reafirmando a própria norma.

Em um Congresso controlado pela ditadura, a Lei de Anistia adotou a suspensão da possibilidade de punição de qualquer crime. Um momento ilícito foi tornado lícito, com o silenciamento dos movimentos sociais e pela anistia, que exigiam esclarecimentos sobre os crimes. O que o Estado montou foi algo que manteve a ideia de impunidade. Depois veio o

⁴⁹ Ernesto Geisel, presidente militar que governou o Brasil de 1974 a 1979.

Colégio Eleitoral, que fez uma opção por uma saída negociada entre as oligarquias que saíam e as novas que chegavam, decidindo manter a anistia aos crimes da ditadura. Foi o grande acordo do não-esclarecimento.

O julgamento no Supremo Tribunal Federal em 2010 sobre a interpretação da Lei de Anistia foi, segundo Teles, o coroamento desse silêncio e a instauração de um Estado de exceção no país.

Baseada em ideias fantasmagóricas de que novos golpes que poderiam ser dados, nossa transição foi a criação de um discurso hegemônico de legitimação deste Estado de exceção. Faz-se este discurso como forma de legitimar essa memória do consenso, mas se mantém o Estado de exceção permanente, reconhecendo as vítimas sem nomear os crimes.

Por isso, continua Paulo Arantes, não vivemos num Estado democrático de direito, mas num Estado oligárquico de direito, um Estado dual, com uma face garantista patrimonial, que funciona para o topo da pirâmide, e uma face punitivista para a base.

Esse Estado bifurcado é uma das «n» consequências da remodelagem do país a partir dos 21 anos de ditadura. Basta pensar no que acontece todos os dias no país. Trata-se de um outro consenso, também sinistro e indiferente, senão hostil, a tudo que nos reúne aqui. Um Estado de exceção que não é o velho golpe de Estado, mas um novo modo de governo do capital na presente conjuntura mundial, que já dura 30 anos.

Esse artigo suscitou uma resposta quase que imediata de Tarso Genro que, se referindo à entrevista da jornalista Bia Barbosa e ao seminário realizado sobre o tema em São Paulo, resumiu assim as teses dos interlocutores:

A matéria informa que ali [no seminário] foi consagrado que o Brasil vive um «estado de exceção permanente», condição ensejada pela própria Constituição de 88; que a «elite brasileira branca» permitiu-se molhar a mão de sangue e frequentar e financiar câmaras de tortura; que a ditadura se retirou, não porque foi derrotada, mas porque cumpriu os seus objetivos; e que paira no Brasil, sobre os mortos e desaparecidos, um grande acordo do «não esclarecimento».

A sua resposta se concentra sobretudo na problematização da tese de que vivemos um “estado de exceção permanente”, porque:

Desta concepção medular podem partir conclusões graves para a não

aceitação de uma estratégia democrática, no difícil processo de construção da democracia no país, tendo como referência a Constituição de 88. Validada a ideia de que estamos num «estado de exceção permanente» nos restaria, como estratégia central, buscar a quebra do atual Estado Democrático de Direito, pois – segundo os referidos críticos – este Estado é em si mesmo um «estado de exceção».

Tarso Genro, então, enfrenta diretamente o tema central reafirmando a convicção de que o Brasil, apesar de tudo, é um Estado democrático de direito:

Parto, na minha análise, das seguintes convicções: é preciso defender e expandir o Estado de Direito no Brasil, mesmo que ele só garanta avanços lentos e moderados para reduzir as desigualdades; não vivemos nenhum «estado de exceção» no Brasil, mas um Estado Democrático de Direito, com democracia política limitada, como em todas as democracias, pela força que o poder do capital exerce sobre as instituições do Estado e sobre a própria política em quaisquer sistemas democráticos do mundo; a democracia atual permite a inclusão de milhões de pessoas na vida produtiva, na sociedade formal, na educação e na política, criando sujeitos sociais novos e novas demandas, que tendem a alargar a democracia econômica e social e bloquear as reformas neoliberais ainda em curso no mundo.

Quando à ditadura, concorda em parte com Arantes, ao reconhecer que não foi derrubada violentamente, nem derrotada, mas que acabou devido a uma negociação imposta:

Além de termos sido derrotados na luta pela derrubada da ditadura (o que ocorreu foi uma transição negociada), nosso processo de mudanças institucionais e econômicas é mais difícil, porque enfrentamos um ambiente internacional de derrota das ideias libertárias da esquerda socialista, «queimadas» pela nossa escassa capacidade de renovação e também pelo fracasso das ditaduras burocráticas dos partidos comunistas tradicionais.

Reconhece também, como Arantes e Teles, as limitações que isto comportou para a transição democrática:

Esta transição, que teve como consequência altamente negativa as «salvaguardas» para os criminosos civis e militares dos aparatos clandestinos ou institucionalizados da repressão, por outro lado teve o mérito de evitar uma guerra civil de consequências certamente brutais para o nosso país

e que jogaria, na sua base, brasileiros contra brasileiros, já que as pessoas do povo – de ambos lados – são sempre a «bucha-de canhão» de qualquer guerra ou revolução.

Então, passa a contestar algumas das premissas que sustentam a conclusão da “exceção permanente”, como a tese da elite branca, que ele chama de “categoria política e sociológica tipicamente populista”; a tese de que a ditadura saiu vitoriosa, porque “ela, na verdade, foi acuada e desenvolveu uma bem estruturada retirada em ordem, sem ser vitoriosa, apoiada por amplos setores da burguesia (a tal “elite branca”), porque o seu projeto não tinha mais condições de ser sustentado social e politicamente” e finalmente nega a existência de um acordo de “não esclarecimento”:

Pelo contrário, dentro da transição conciliada este tema tem sido tratado com arrojo e seriedade, sem fazer provocações às corporações da Forças Armadas⁵⁰. Não só pelas organizações que defendem os direitos dos familiares dos mortos e desaparecidos e militam na defesa dos Direitos Humanos, mas também pelo Estado. Este, com as Caravanas da Anistia, que instituímos no Ministério da Justiça (interpretando a Lei da Anistia), anistiou os guerrilheiros do PCdoB, Lamarca e Marighela, além de outras centenas de resistentes ou revolucionários.

Finalmente lamenta a decisão do STF, mas nega que isso comporte um estado de exceção permanente:

O STF é que, numa decisão lamentável, interpretou a Lei de Anistia como aplicável aos torturadores, acolhendo o sentido que o regime militar em recuo, emprestou à Lei na época da sua aprovação. Esta interpretação trouxe, sim, para dentro da transição democrática, até agora, a imunização penal dos assassinos e torturadores, fato que não caracteriza um regime de “exceção permanente”, mas uma limitação das democracias que sucedem ditaduras militares e não emergiram de revoluções.

E valoriza o trabalho que o governo brasileiro e a sociedade civil irão realizar através da comissão da Verdade, que, naquela época, estava começando os seus trabalhos:

Através da Comissão da Verdade e das centenas de comissões que deve-

⁵⁰ Esta frase revela muito sobre os limites, as ambiguidades, as omissões da política diante dos militares.

rão se abrir no país, reabrir-se-á o tema da impunidade dos assassinatos e das torturas, que a ditadura promoveu inclusive fora da sua própria legalidade arbitrária. A continuidade desta luta seria impossível num regime de «exceção permanente».

Genro, então, apresenta e comenta a tese de Carl Schmitt, jurista e filósofo alemão de formação católica, que deu sustentação ao nazismo, e foi o grande inspirador da teoria do “estado de exceção”; e confronta o Brasil com esta teoria para demonstrar, de maneira bastante óbvia, as diferenças abissais entre o estado de exceção teorizado por Schmitt e praticado pelo nazismo, e o Brasil atual.

Dizer que no Brasil vivemos num estado de «exceção permanente» é um arroubo esquerdista e não uma formulação teórica séria. Tanto pode ser uma idealização de um regime democrático, que está num horizonte improvável, como uma abstração dos seus ideais de origem, plebeus e revolucionários. Também pode ser uma provocação à margem da História, para estimular que não se faça política dentro da democracia, pois num regime de exceção o que se deve perseguir, conscientemente, é a sua derrubada. Sim, a sua derrubada, pois a «exceção permanente» extingue a política e o crime, absorvendo ambos, internalizando-os no Estado, monopolizando, tanto a fabricação das leis como a sua violação impune.

A «exceção permanente» é, pois, a supressão radical das condições do Estado minimamente público, pois este se torna um grande ente privado, propriedade de um Líder, cuja força está na transformação do poder de polícia e do poder do sistema repressivo em força política, capaz de promover a sua aparente legitimação pelo terror e pelo silêncio.

E conclui com um apelo para a defesa da “revolução democrática”

O sucedâneo da Constituição de 88 é a democracia política, a inclusão social e educacional massiva. É o início da revolução democrática no Brasil, que tanto pode retroceder como avançar, aí restaurando a ideia do socialismo, conjugada com a democracia, a pluralidade política e a inserção soberana do país num mundo hostil e globalizado. A «exceção permanente» faria todos os democratas, socialistas ou não, comunistas ou não, esquerdistas ou não, encontrarem-se no fundo dos cárceres, para novamente revisar as concepções que lhes levaram à divisão ou à impotência.

Sem entrar em todos os aspetos desta disputa, nos limitaremos a comentar as questões mais teóricas que embasam o debate.

Não há como negar a força das razões de Arantes e Teles diante das graves

limitações da transição democrática brasileira, sobretudo em relação à justiça e a reforma das instituições, o que comporta a violência do Estado contra as populações mais pobres e vulneráveis, a impotência ou cumplicidade dos governos diante dos silêncios, omissões e conivência do exército e dos aparelhos de repressão e de segurança para com a ditadura e suas “heranças malditas”.

Estes fenômenos justificam a tese de um estado de exceção, que transforma, nas palavras de Paulo Arantes, o Estado democrático de direito num “Estado oligárquico de Direito, um Estado dual, com uma face garantista patrimonial, que funciona para o topo da pirâmide, e uma face punitivista para a base”.

Não precisamos recorrer às estatísticas da violência ou a refinadas análises sociológicas para reconhecer isto; a experiência pessoal e coletiva de cidadãos e de militantes pela defesa e promoção dos direitos humanos é suficiente para reconhecer que no Brasil não há uma única cidadania para todos, mas cidadanias diferenciadas conforme classes e grupos sociais, e que, enquanto a alguns são garantidos os direitos (ou os privilégios), para outros vale o estado de exceção de que falava Benjamin a respeito dos oprimidos.

Baste pensar no extermínio dos jovens, negros e pobres das periferias urbanas e sociais, ao qual os aparelhos do Estado assistem sem nada fazer, quando não são coniventes, cúmplices ou participantes ativos. A sensação de estar num Estado policial, em que as forças de segurança se consideram acima da lei, é muito forte, diante, por exemplo, da impunidade dos agentes públicos perpetuadores das violências.

Também precisamos ressaltar as perseguições, ameaças, atentados, assassinatos contra os defensores dos direitos humanos, as campanhas dos meios de comunicação para desqualificar e caluniar o trabalho de denúncia e fiscalização dos órgãos do Estado e da sociedade civil; “Os Direitos Humanos só defendem os bandidos”, e “Os direitos humanos são somente para os humanos direitos”, são chavões tão repetidos pelos programas policiais, e em geral pelos meios de comunicação, que destroem e desqualificam qualquer trabalho de educação para a paz e a cidadania; e é muito difícil desconstruir este discurso que se tornou senso comum.

Esta parcela, talvez majoritária, da sociedade é a mesma que apoiou o golpe militar e quer poderia apoiar de novo se existissem as condições históricas, porque “ainda” a cultura democrática não se consolidou no nosso meio, inclusive no meio popular. O que fazer? Criminalizar toda a sociedade ou construir políticas de justiça de transição, como a educação para a cidadania e os direitos humanos, que permitam o surgimento de um novo senso comum?

Nesse contexto, o que seria a justiça ideal? Se a sociedade apoiou o Golpe e, portanto, existe um elemento de legitimidade, qual o conceito normativo orientador que permite impor padrões de justiça em nome da sociedade contra essa mesma sociedade?

Neste sentido, acreditamos que Genro levanta uma questão pertinente: a

categoria de estado de exceção não pode recobrir e ocupar todo o espaço teórico e prático do Estado de Direito, senão se perderia a diferença “qualitativa” entre democracia e totalitarismo. A exceção é um estado (minúsculo) dentro de um Estado (maiúsculo). Esta me parece ser a questão central do debate sobre a qual, apesar das aparentes e irreconciliáveis posições em jogo, pode se encontrar um terreno comum de entendimento.

Genro está disposto a reconhecer como pertinentes várias críticas de Arantes e Teles ao Estado de Direito brasileiro: reconhece as inúmeras “exceções” a que o Estado brasileiro está submetido: “as limitações da democracia política pela força que o poder do capital exerce sobre as instituições do Estado”; reconhece que fomos “derrotados na luta pela derrubada da ditadura (o que ocorreu foi uma transição negociada)”, que “esta transição teve como consequência altamente negativa as “salvaguardas” para os criminosos civis e militares dos aparatos clandestinos ou institucionalizados da repressão”; reconhece também que o STF “numa decisão lamentável interpretou a Lei de Anistia como aplicável aos torturadores, o que trouxe, sim, para dentro da transição democrática, a imunização penal dos assassinos e torturadores”.

A estas limitações e exceções Genro contrapõe as ações realizadas pela sociedade civil, através das organizações que defendem os direitos dos familiares dos mortos e desaparecidos e militam na defesa dos Direitos Humanos, e pelo Estado, através da Comissão de Anistia, da Comissão da Verdade, e das inúmeras comissões estaduais e de outras ações do Estado de que tratamos acima. Tudo isto não seria possível, afirma ele, se vivêssemos num estado de exceção permanente, “que é a supressão radical das condições do Estado minimamente público, que extingue a política e o crime, absorvendo ambos, internalizando-os no Estado, monopolizando, tanto a fabricação das leis como a sua violação impune”.

É evidente que não é isso o que está acontecendo no Brasil, apesar de todas as limitações e as mazelas da sua democracia frágil e recente; mas também não está claro se era isto o que dois brilhantes pensadores como Arantes e Teles queriam afirmar, ou seja, uma identificação ou indistinção entre Estado democrático de direito e estado de exceção permanente. Assim, para entender melhor este debate, devemos aprofundar a origem e o sentido do termo.

A utilização sempre mais frequente no Brasil do conceito de estado de exceção se deve a difusão da obra do filósofo italiano Giorgio Agamben, que retomou um conceito de Carl Schmitt e o fez tornar o paradigma de qualquer tipo de governo⁵¹. Após ter definido o “Estado nazista, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou 12 anos”, Agamben continua:

⁵¹ Cf. GIORGIO AGAMBEN, *Estado de Exceção*, São Paulo, Boitempo, 2004.

O totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração, por meio do estado de exceção de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político⁵².

Mas esta definição, para Agamben não vale somente para os regimes totalitários:

Deste então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda eu eventualmente não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estado contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. Diante do incessante avanço do que foi definido como uma «guerra civil mundial», o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma do governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nesta perspectiva, como um patamar de *indeterminação* entre democracia e absolutismo⁵³.

O livro e, a partir dele toda obra de Agamben, começou a ter uma repercussão e um sucesso enorme no Brasil, e a categoria do estado de exceção começou a ser utilizada em diferentes contextos como uma explicação radical, e por isso mesmo fascinante, de vários fenômenos sociais e políticos, em particular pelos estudiosos da segurança pública.

A partir desta difusão, se criou o que me permito chamar de uma “moda acadêmica”, que invadiu as ciências sociais e políticas, sendo utilizada e citada, com razão ou sem, por inúmeros pesquisadores, estudantes de graduação e pós-graduação, professores, militantes dos direitos humanos⁵⁴.

Não tenho nenhuma intenção, nem capacidade, nem pretensão de questionar uma categoria de tão ampla aceitação e um pensamento refinado e culto como o de Giorgio Agamben; nem é minha intenção qualificar a obra de pensadores tão sérios e profundos como Arantes e Teles como seguidores de modas acadêmicas. Aliás, acho que, se o termo teve sucesso, é porque oferece uma chave

⁵² Cf. GIORGIO AGAMBEN, *Estado de Exceção*, São Paulo, Boitempo, 2004, pp. 12-13.

⁵³ Cf. GIORGIO AGAMBEN, *Estado de Exceção*, São Paulo, Boitempo, 2004, p. 13.

⁵⁴ Uma sumária pesquisa no portal de periódicos da CAPES, colocando a palavra “estado de exceção” resultou em mais de 4.473 resultados, se colocarmos também a palavra biopolítica de Foucault, conceito muitas vezes associado ao de estado de exceção, teremos muito mais citações.

de leitura heurísticamente fecunda para a explicação de um conjunto de fenômenos⁵⁵.

O que me permito questionar, a partir do debate anterior sobre justiça de transição e estado de exceção no Brasil, é a identificação paradoxal e radical instaurada por Agambem, e em parte por Arantes e Teles, entre Estado de direito e estado de exceção. Neste aspecto, estou com Tarso Genro:

É preciso defender e expandir o Estado de Direito no Brasil, mesmo que ele só garanta avanços lentos e moderados para reduzir as desigualdades; não vivemos nenhum «estado de exceção» no Brasil, mas um Estado Democrático de Direito, com democracia política limitada, como em todas as democracias.

Afirmar a identidade, ou mesmo a “indeterminação”, entre democracia e absolutismo, ambos tendo como paradigma fundante o “estado de exceção permanente”, me parece ser não somente contrário à realidade histórica, mas extremamente perigoso, porque nega a diferença qualitativa entre um regime totalitário e um regime democrático⁵⁶.

O Estado democrático de direito é, com efeito, um “estado de exceção”, mas pelo motivo contrário ao alegado por Agambem, justamente porque é uma exceção rara e frágil na longa história da humanidade dominada por regimes autoritários e totalitários. Ele, mesmo com todos os seus defeitos, é precioso demais para jogá-lo fora junto com a água suja do banho.

Dito isto, não quero deixar dúvidas sobre minhas convicções a respeito da justiça de transição e da democracia brasileira. Acredito que, apesar das diferenças conceituais, tanto Arantes e Teles como Genro, concordariam como o fato de que o processo de transição e de democratização das instituições e da sociedade,

⁵⁵ Entre a imensa literatura sobre o assunto, assinalo EDSON TELES, *Democracia e Estado de Exceção: Transição e Memória Política no Brasil e na África do Sul*, São Paulo, Editora FAP-UNIFESP, 2015; CASTOR BARTOLOMÉ RUIZ, (org.), *Justiça e Memória: Direito à Justiça, Memória e Reparação. A Condição Humana nos Estados de Exceção*, São Leopoldo, Editora IFIBE, 2012; OSWALDO GIACÓIA JÚNIOR, “Sobre direitos humanos na era da biopolítica”, in *Kriteriorn*, n.º 118, 2008, pp. 267-308.

⁵⁶ Foi justamente após as terríveis experiências da “Era dos Totalitarismos” que, segundo Bobbio, sucedeu a ela a “Era dos Direitos”. Cf. NORBERTO BOBBIO, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004. O esquema pode ser simplista e otimista demais, mas mantém um ponto firme: a diferença histórica e teórica entre totalitarismo e Estado de Direito. Cf. também os verbetes “Totalitarismo”, “Estado contemporâneo” e “Estado de sítio”, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO, *Dicionário de Política*, Brasília, Editora UnB, 1992. Um verbete dedicado ao Estado de exceção não comparece no Dicionário, nem na edição italiana atualizada de 2004. No entanto, está presente in VICENTE DE PAULO BARRETO (org.), *Dicionário de Filosofia do Direito*, São Leopoldo/Rio de Janeiro, Editora UNISINOS/Editora Renovar, 2006; e IDEM, *Dicionário de Filosofia Política*, São Leopoldo, Editora UNISINOS, 2010.

no Brasil e na América Latina, só poderá ser concluído se for garantida a justiça, revelada a verdade, cultivada a memória histórica, realizada a reparação ética, política e econômica das vítimas e reformadas as instituições do Estado democrático de direito, para que “nunca mais” se repitam os crimes e as atrocidades da ditadura civil-militar do passado e possa iniciar um novo ciclo e um novo patamar de democracia.

No entanto, como a democracia não é algo estático, mas em movimento, é um processo de democratização contínuo, com avanços e recuos, a transição nunca estará totalmente concluída. Consolidar este processo significa, antes de tudo, evitar perigosos retrocessos sempre possíveis porque nada é irreversível na história e continuar com pequenas e grandes reformas das instituições e das ideologias, para que a democracia faça parte integrante da nossa sociedade e da nossa cultura e não somente das nossas leis.

“Ditadura e Tortura Nunca Mais”.

A PROTEÇÃO JURISDICIONAL (IN)CERTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA INTIMAÇÃO URGENTE: UM (DES)CONCERTO A VÁRIAS MÃOS

Isabel Celeste M. Fonseca

Luciana Sousa Santos

Rita Barros

Ana Rita Carneiro¹

“Se eu fosse muito forte.... Podia mandar parar imediatamente todas as lutas e todas as guerras e as fábricas das armas transformar-se em padarias, bibliotecas e jardins”

António Mota

Sumário: I. Introdução: o problema. II. Exemplos. 1. A intimação e o direito à saúde. 2. A intimação e o direito a prestações pela segurança social. 3. O direito ao melhor ambiente através da intimação. III. Conclusões: problema irresoluto.

¹ Este texto, como o próprio título dá conta, resulta do encontro de pensamentos e escritos. São autoras Isabel Celeste M. Fonseca, Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho, e Luciana Sousa Santos, Ana Rita Carneiro e Rita Barros, todas Mestres em Direito Administrativo pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

I. Introdução: o problema

A doutrina e a jurisprudência administrativistas têm sido, amiúde, chamadas a debater o tema do objeto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias. Mais concretamente, tem-se questionado se esta ação poderá ser utilizada quando a ameaça de lesão pende sobre todos os direitos, liberdades e garantias ou só quanto a alguns, os pessoais, e se, por outro lado, se aplica igualmente em casos de urgência que afete outros direitos fundamentais. As posições têm sido várias, sendo certo que, hoje, a orientação tendencialmente dominante vai no sentido de considerar que o âmbito de aplicação da intimação se estende a todos os direitos, liberdades e garantias previstos no Título II da Parte I da CRP e, ainda, abrange os direitos fundamentais de natureza análoga àqueles, independentemente da respetiva fonte que os acolhe no panorama jurídico².

Nesta sede, dúvida menos pacífica é antes a de saber o que, no plano da justiça administrativa, se deverá entender, primeiro, por “direito, liberdade ou garantia” e, depois, “direitos fundamentais análogos”, bem como se o processo de intimação poderá ser empregue para tutelar direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, o direito à segurança social, o direito à habitação ou outros direitos a prestações sociais.

Em jeito de aproximação ao assunto, parece-nos que o problema capital não reside na possibilidade de separação estrita entre direitos de liberdade e direitos sociais como mera opção de sistematização dos direitos fundamentais na Constituição, mas no facto de esta ter consagrado os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais e, logo de seguida, ter considerado uns mais fundamentais do que outros. E é nesse fito que se fundam as principais dificuldades que a justiça administrativa tem enfrentado na decifração do conceito de “direito, liberdade ou garantia”, dado que, a partir de então, foi dado como assente algo que já não existe de forma tão certa, isto é, que os direitos, liberda-

² Na doutrina, cf., designadamente, MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 135-136; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa: Lições*, 14.ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 230; ANA SOFIA FIRMINO, “A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias”, in Vasco Pereira da Silva (coord.), *Novas e Velhas Andanças do Contencioso Administrativo: Estudos sobre a Reforma do Processo Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2005, pp. 409-411; CARLA AMADO GOMES, “Intimação para protecção de que direitos, liberdades e garantias?: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (1.ª Secção) de 18.11.2004, P. 978/04”, in *CJA*, n.º 50, março/abril de 2005, pp. 41-43; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, pp. 629-630. Na jurisprudência, cf., entre outros, o acórdão do TCA-N (1.ª Secção) de 13.01.2005, Processo n.º 00203/04.9BEMDL, o acórdão do TCA-N (1.ª Secção) de 26.01.2006, Processo n.º 01157/05.0BEBRG, o acórdão do TCA-S (2.º Juízo) de 06.06.2007, Processo n.º 2539/07, e o acórdão do TCA-S (2.º Juízo) de 31.01.2008, Processo n.º 03290/07.

des e garantias gozam de um regime privilegiado de proteção. É, pois, por aqui que avançamos³.

De sorte que, a opção que foi tomada pelo legislador administrativo, manifestada na seleção da categoria de direitos, liberdades e garantias como filtro de acesso à intimação, tem sido inquinada por três ordens de razões: (i) aquela diferenciação de regimes dentro dos direitos fundamentais é uma impossibilidade lógica; (ii) o regime é um só, pois todos os direitos fundamentais são normas constitucionais; e (iii) a única dissemelhança entre os direitos fundamentais, no quadro da Constituição, reside no facto de só alguns terem o conteúdo já aí determinado ou determinável e outros não. Mas, certo é que, após a conformação do legislador ordinário, esse único critério operativo de divisão dos direitos fundamentais parece perder verdadeiramente sentido. Também por aqui vamos nós.

Com efeito, não é possível distinguir os dois tipos de direitos fundamentais com base numa sistematização necessariamente artificial, nem tão-pouco existe uma proteção material reforçada dos direitos, liberdades e garantias na Constituição, nem uma hierarquia entre os direitos fundamentais, nem os direitos de liberdade são mais próximos da dignidade da pessoa humana do que os direitos sociais, nem se pode contrapor a pretensa dimensão essencialmente negativa dos direitos de liberdade à suposta dimensão positiva dos direitos sociais. E, em última análise, repare-se que é sempre possível “traduzir” um direito social em direito de liberdade, senão veja-se, por exemplo, que qualquer lesão ou ameaça de agressão do direito à saúde é sempre também, pelo menos, lesão ou ameaça de lesão do direito ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n.º 1, da CRP)⁴.

Em suma, julgamos que será legítimo o acesso à intimação desde que, verificados os pressupostos do artigo 109.º, n.º 1, do CPTA, esteja em causa um direito fundamental da maior relevância material, com um conteúdo normativamente determinado (pela Constituição e/ou pela lei) que permita a intervenção do juiz administrativo com plena observância do princípio da separação de poderes⁵. Nesta ordem de ideias, somos de opinião que a noção constitucional

³ Seguimos, pois, a linha de pensamento de JORGE REIS NOVAIS, “«Direito, liberdade ou garantia»: Uma noção constitucional imprestável na justiça administrativa? – Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (2.º Juízo) de 6.6.2007, P. 2539/07”, in *CJA*, n.º 73, janeiro/fevereiro de 2009, pp. 58-59; IDEM, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 357.

⁴ Por exemplo, se estiver em causa uma violação ou ameaça de lesão do bem jusfundamental saúde pessoal, o particular poderá sempre cobrir o interesse individual em questão através da invocação subsidiária da afetação de um direito, liberdade ou garantia (v.g., o direito à vida e/ou o direito à integridade pessoal). Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 355.

⁵ Seguimos, pois, mais uma vez, a linha de pensamento de JORGE REIS NOVAIS, “«Direito,

de “direito, liberdade ou garantia”, se aplicada à luz dos critérios tradicionais, é inoperante na justiça administrativa, pelo que deverá ser interpretada com elasticidade, de acordo com a fundamentação expendida⁶.

II. Exemplos

1. A intimação e o direito à saúde

Dito isto, o processo de intimação só será admissível para tutelar o direito à saúde – *rectius*, as suas dimensões parcelares – se, em concreto, estiverem preenchidos os critérios atrás desenvolvidos (fundamentalidade do direito, determinabilidade do seu conteúdo e, conseqüentemente, a possibilidade de recurso à justiça administrativa com respeito pela separação de poderes) e aquele direito de reclamar a célere emissão de uma decisão de mérito, por não poder ser protegido com mais eficácia por qualquer via normal de reação, mormente através do decretamento provisório de uma providência cautelar.

Cientes de que esta argumentação é pouco ortodoxa, procuraremos demonstrar, de seguida, o *porquê* de a intimação constituir um meio processual idóneo para amparar o direito à saúde, não obstante se assuma como um remédio de *ultima ratio*, cuja aplicação dependerá de uma análise casuística.

Pois bem, o direito à saúde, como um todo, é, antes de mais, um direito fundamental em sentido material, com natureza bifronte (vertente positiva/prestadora e vertente negativa/defensiva⁷), que se interconexiona com os direitos de liberdade. Na sua dimensão tipicamente prestadora, o direito à saúde analisa-se no direito de exigir determinadas ações dos poderes públicos com vista à proteção da saúde e ao tratamento das doenças e, de outra banda, na sua dimensão negativa, o direito à saúde traduz-se no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer ato que prejudique a saúde, o que facilmente

liberdade ou garantia»: uma noção constitucional imprestável na justiça administrativa?...”, *op. cit.*, pp. 58-59; IDEM, *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 357.

⁶ Seguimos a posição de JORGE REIS NOVAIS, “«Direito, liberdade ou garantia»: Uma noção constitucional imprestável na justiça administrativa?...”, *op. cit.*, p. 56.

⁷ Sobre a estrutura complexa do direito à proteção da saúde, cf., entre outros, MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde: Lições*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, p. 45; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (coords.), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 1310; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. 1, 4.^a ed. revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 825.

o reconduz aos direitos de liberdade⁸. Em rigor, para que seja aplicável o regime dos direitos, liberdades e garantias ao direito à saúde não é preciso que se esteja apenas perante a sua dimensão negativa, podendo também a sua dimensão positiva, em algumas vertentes, possuir natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias (artigo 17.º da CRP)⁹.

Ademais, o direito à proteção da saúde, plasmado no artigo 64.º da CRP, comporta uma clara dimensão subjetiva (“[t]odos têm direito à...”) e tem como finalidade última a proteção da vida, da dignidade da pessoa humana, da liberdade ou da igualdade¹⁰. É um direito que pode *correr risco de vida* e, portanto, configurar uma situação de carência especial (leia-se: carência pessoal, em que poderá estar mesmo em causa a sobrevivência da pessoa doente) que requererá, *fatalmente*, uma proteção judicial temporalmente justa, por via de instrumentos economizadores de tempo e de meios. A título de exemplo, pense-se na hipótese de um cidadão que se dirige aos Tribunais Administrativos para obter a intimação da entidade administrativa competente a deferir o pedido de autorização prévia por si formulado, para efeitos de ulterior reembolso dos custos dos cuidados de saúde transfronteiriços. Ou imagine-se que um cidadão desempregado, sem disponibilidades financeiras, lança mão da ação de intimação para reivindicar o acesso imediato a cuidados de saúde cirúrgicos, previstos no Serviço Nacional de Saúde, por forma a debelar doença incapacitante que o impede de aceitar trabalho¹¹.

Note-se que o primeiro processo mediático incidiu sobre o caso do “Barco do Aborto” que foi fretado pela organização holandesa pró-descriminalização do aborto, Women on Waves, para servir, nomeadamente, de clínica ginecológica, tendo a referida organização, em coligação com os cidadãos holandeses que se deslocavam a bordo do navio e quatro associações portuguesas, apresentado um pedido de intimação contra o Ministério da Defesa Nacional e dos Assuntos do Mar e o Instituto Portuário e dos Transportes Marítimos, visando a concessão de autorização de entrada e de atracação do navio *Borndiep* no porto da Figueira da Foz, embora sem êxito¹².

⁸ Cf. MARIA JOÃO ESTORNINHO e TIAGO MACIEIRINHA, *Direito da Saúde: Lições*, op. cit., p. 45.

⁹ Cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (coords.), *Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 1311.

¹⁰ Cf. ISABEL MOREIRA, *A Solução dos Direitos, Liberdades e Garantias e dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 243.

¹¹ Exemplo retirado de JORGE REIS NOVAIS, “«Direito, liberdade ou garantia»: Uma noção constitucional imprestável na justiça administrativa?...”, op. cit., p. 55.

¹² Cf. acórdão do TAF de Coimbra de 06.09.2004, Processo n.º 496/04.1.3BECER, e acórdão do TCA-N (1.ª Secção) de 16.12.2004, Processo n.º 00496/04.1BECBR.

Na mesma linha, relembre-se o aresto do TCA-N relativo a um pedido de intimação dirigido contra o município de Viana do Castelo, a fim de assegurar a proteção da saúde e da integridade física e psíquica de um particular e da sua família, em que o meio processual foi considerado impróprio, uma vez que estava em questão o ruído provocado pelo funcionamento de uma oficina de carpintaria sem licença que já funcionava há mais de dois anos nas mesmas condições e no mesmo local¹³.

Por outro lado, atente-se no caso de uma funcionária que padecia de uma doença do foro oncológico e que, com base nesse facto, pretendia ser submetida urgentemente a junta médica de revisão, de molde a obter a aposentação, tendo o TCA-S considerado que aquela situação preenchia a previsão do artigo 109.º, n.º 1, do CPTA, justificando a intimação célere da Caixa Geral de Aposentações a adotar uma conduta¹⁴.

Embora com hesitações, a jurisprudência administrativa tem adotado uma postura de relativa abertura no que respeita à delimitação concreta do objeto da intimação, tendo vindo a estendê-lo, não raro, a direitos que constituem concretizações legislativas de direitos fundamentais, como tem sucedido no domínio dos direitos sociais (*v.g.*, ensino superior, saúde e segurança social).

Ora, para questões urgentes, respostas urgentes, em moldes urgentes. Importa, pois, atualizar o processo administrativo aos “*ritmos do homem do quotidiano*”¹⁵, numa perspetiva de que o “eu” também é tempo e de que o seu tempo é, inelutavelmente, irreversível, pelo que a lógica da *urgencialização* ganha especial acuidade no palco da saúde, em que o *sujeito-doente-do-presente* exige que o processo se ajuste ao tempo real dos seus interesses.

É a própria situação de urgência que alerta para a necessidade de se recorrer, imperativamente, à tutela jurisdicional de urgência, num exercício de adequação do processo administrativo às pretensões jurídicas urgentes que só existem na dimensão do presente. E essas situações urgentes são propícias a exigir decisões de fundo através da intimação urgente definitiva, na medida em que a dedução de uma ação administrativa, devidamente complementada por um sistema eficaz de atribuição de providências cautelares, não se revele adequada.

Em face do exposto, não será despropositado afirmar que buscamos na justiça urgente o “remédio” para a doença, pois certo é que a saúde não é à prova de tempo e, como tal, demanda uma tutela efetiva e em prazo razoável, em que

¹³ Cf. acórdão do TCA-N (1.ª Secção) de 26.01.2006, Processo n.º 01 157/05.0BEBRG.

¹⁴ Cf. acórdão do TCA-S (2.º Juízo) de 06.06.2007, Processo n.º 2539/07.

¹⁵ A este propósito, cf. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo Temporalmente Justo e Urgência: Contributo para a Autonomização da Categoria da Tutela Jurisdicional de Urgência na Justiça Administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 111.

o “super-juiz (...), voando, chega mais rápido à situação de urgência”¹⁶. Afinal, justiça que tarda é justiça negada e desumanizada.

2. A intimação e o direito à segurança social

Nesta sede, importa agora perceber se a ação de intimação para proteção de direitos, liberdades ou garantias pode ser utilizada para tutelar o direito à segurança social, previsto no artigo 63.º da CRP, enquanto direito fundamental social. Ora, como vimos *supra*, uma interpretação demasiado restritiva do artigo 109.º do CPTA por inerência do n.º 5 do artigo 20.º da CRP parece-nos ser de rejeitar. Com efeito, não podemos defender que faça sentido que somente uma defesa dos direitos, liberdades e garantias de natureza pessoal se possa fazer através daquela intimação já que, para além destes, outros direitos, liberdades e garantias também deveriam ser assegurados através de meios judiciais céleres e prioritários¹⁷.

É lícito dizer que a nossa posição, embora não divergindo muito da demais doutrina¹⁸, procura dar conta da necessidade de esticar o âmbito de aplicação da intimação – sob pena de se deixar cair direitos fundamentais, dada a ineficácia do sistema. Aliás, Mário Aroso de Almeida alerta mesmo para a exposição de motivos da proposta de lei que esteve na origem do CPTA, na qual consta que o processo de intimação foi desenhado como um instrumento de grande elasticidade que o “juiz deverá dosear em função da intensidade da urgência”, tendo sido configurado como um modelo polivalente ou de geometria variável¹⁹. Contudo, a jurisprudência tem-se mostrado, por outro lado, bastante mais hesitante, não existindo, em suma, uma posição unívoca sobre o tema.

O legislador do CPTA quis acolher uma formulação que não entrasse na controvérsia de saber quais os direitos que se poderiam qualificar de direitos, liberdades ou garantias ou direitos fundamentais análogos, admitindo a possibilidade de outros direitos que não aqueles pudessem merecer proteção célere e por meios processuais expeditos, isto é, quis adotar um conceito que abrangesse um maior número de direitos do que os indicados no normativo constitucional,

¹⁶ Cf. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Dos Novos Processos Urgentes no Contencioso Administrativo (Função e Estrutura)*, Lisboa, Lex, 2004, p. 15.

¹⁷ Nesta linha, acompanhamos J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, *op. cit.*, pp. 506-507.

¹⁸ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA e CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, *op. cit.*, p. 537; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa: Lições*, *op. cit.*, pp. 275-276; CARLA AMADO GOMES, “Intimação para proteção de que direitos, liberdades e garantias?...”, *op. cit.*, pp. 41-43.

¹⁹ Cf. MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, *Manual de Processo Administrativo*, *op. cit.*, p. 411.

evitando colocar o interessado perante a situação de ter dificuldade em saber se o direito que pretende defender é um direito, liberdade ou garantia ou um direito fundamental análogo e, portanto, ter dificuldade em identificar qual o meio processual que deveria utilizar, ou outro. Aliás, porque em lado algum a Constituição diz o que é um direito, liberdade ou garantia ou um direito análogo, sendo necessário densificar o conceito e não partir de critérios inconsistentes.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Administrativo tem vindo, repetidamente, a afirmar²⁰ que, em homenagem aos princípios antiformalista e *pro actione*, a lei deve ser interpretada de modo a que se privilegie o acesso a uma tutela judicial efetiva e que, por isso, são de rejeitar interpretações restritivas no tocante ao preenchimento dos pressupostos processuais. Entendimento esse que deve ser acolhido quando se suscitarem dúvidas sobre a forma mais adequada de obter a tutela efetiva do direito reclamado, sem que tal signifique que a mera invocação da violação de um direito ou interesse legalmente protegido baste para o autor ver reconhecido o direito de escolher o meio processual a que quer recorrer já que, como é sabido, o legislador “consagrou as formas e sequências de atos processuais que considerou serem, relativamente às diferentes espécies de pretensões materiais dedutíveis em juízo, os instrumentos mais adequados e equitativos para alcançar a racionalidade das decisões e a realização da justiça material”²¹.

Neste sentido teremos que concluir que a intimação se aplica a todos os direitos, liberdades e garantias, bem como aos direitos fundamentais análogos àqueles, e outros fundamentais, não sendo o direito à segurança social, parece-nos, uma exceção. Recusar-lhe um enquadramento dogmático comum e próprio dos direitos fundamentais significaria a permanência da fragilidade, da incerteza e da imprevisibilidade que, em grande medida, têm caracterizado a dogmática dos direitos sociais entre nós.

O direito à segurança social está consagrado nos artigos 22.º e 25.º, n.º 1, parte final, da Declaração Universal dos Direitos do Homem²². Regras que também encontram acolhimento no nosso ordenamento jurídico fundamental. Integrado no Capítulo II (Direitos e deveres sociais), do Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais), da Parte I (Direitos e deveres fundamentais), dispõe o artigo 63.º da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe “Se-

²⁰ Cf. acórdão do STA (2.ª Subsecção do CA) de 16.01.2008, Processo n.º 0909/07.

²¹ Cf. acórdão do STA (2.ª Subsecção do CA) de 16.01.2008, Processo n.º 0909/07.

²² “Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país” (artigo 22.º). “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice, na viuvez, na perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade” (artigo 25.º, n.º 1).

gurança social e solidariedade”. A Constituição não só consagra, assim, o direito à segurança social como também impõe ao Estado a organização, coordenação e subsidiação de um sistema de segurança social unificado e descentralizado, definindo em parte o modelo de satisfação do direito fundamental em causa.

Não pode ser negada a sua natureza de direito fundamental e, consequentemente, não lhe pode ser negado o enquadramento nos direitos, liberdades e garantias que serão defendidos através do mecanismo de intimação, verificados os necessários pressupostos. No entanto, este não é entendimento unânime. O problema reside, precisamente, no facto de este direito à segurança social ser, normalmente, indicado como exemplo clássico de direito social, uma vez que segundo os cânones, não é um direito, liberdade ou garantia, porque não consta do Título II da Parte I da Constituição, nem um direito fundamental análogo aos direitos, liberdades ou garantias porque não integra o conjunto de direitos fundamentais a que se estenderia, por força do artigo 17.º da CRP, o regime daqueles²³.

Acompanhamos Jorge Reis Novais e também dizemos que o direito à segurança social como “um direito fundamental da maior relevância material está suficientemente determinado em termos de direito subjetivo público e, como tal, é suscetível de ser judicialmente invocável com respeito integral do princípio da separação de poderes e dos limites funcionais da justiça administrativa”²⁴. Assim, sendo esses os critérios que poderão delimitar o conjunto de direitos suscetíveis de serem defendidos através da intimação para proteção de direitos, liberdades ou garantias, permitindo a salvaguarda do efeito útil de um direito de grande relevância como o direito à segurança social, evita-se diferenciações de tratamento incompreensíveis, contingentes, dúbias e, em suma, incertas.

O Tribunal Central Administrativo do Norte (TCA-N)²⁵ reconheceu esta sua natureza *fundamental* extraindo-a do princípio da dignidade humana (artigo 1.º da CRP), entendendo, neste caso, o direito à segurança social como “um direito fundamental a um mínimo de existência condigna”. O TCA-N alicerçou a sua conclusão naquilo que vem sendo o entendimento do Tribunal Constitucional²⁶: “[n]a verdade, naquelas circunstâncias típicas previstas no n.º 3, do artigo 63.º, quando esteja em causa a própria subsistência mínima e, portanto, a existência socialmente condigna, o direito à segurança social adquire uma urgência

²³ Cf. JORGE REIS NOVAIS, “«Direito, liberdade ou garantia»: Uma noção constitucional impres-
tável na justiça administrativa?...”, *op. cit.*, p. 48.

²⁴ Cf. JORGE REIS NOVAIS, “«Direito, liberdade ou garantia»: Uma noção constitucional impres-
tável na justiça administrativa?...”, *op. cit.*, p. 49.

²⁵ Cf. acórdão do TCA-N (1.ª Secção do CA) de 09.11.2012, Processo n.º 00893/08.3BECBR. Mais
jurisprudência confirma esta posição: cf. acórdão do TCA-N (1.ª Secção do CA) de 23.09.2015,
Processo n.º 01426/5BEBRG.

²⁶ Cf. acórdão do TC n.º 3/10, de 06.01.2010, Processo n.º 176/09.

e uma força vinculante que o tornam diretamente aplicável e o subtraem, em ampla medida, ao poder de legislar”.

A jurisprudência constitucional tem, por diversas vezes, sustentado a natureza fundamental do direito à segurança social previsto no artigo 63.º da CRP. O direito a uma existência condigna é recortado como direito constitucional autónomo que não pode, nem deve ser dissolvido noutros direitos fundamentais. Trata-se de um direito da pessoa a recursos e prestações indispensáveis à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Dada a sua essencialidade, inclusive, na garantia do direito à vida, o direito à segurança social, o direito a uma prestação pública essencial, deve ser considerado como um direito positivo imediatamente vinculante e justificável. O Tribunal Constitucional tem vindo a reforçar a natureza fundamental deste direito ao mínimo de existência condigna, numa primeira fase²⁷, fundando tal interpretação na conjugação normativa do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à segurança social, estabelecendo-se o salário mínimo nacional como padrão desse mínimo e, numa segunda fase, asseverando esse direito através do direito a prestações positivas do Estado, conforme sucedeu no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02, a propósito do rendimento social de inserção. Contudo, a nossa Constituição não garante apenas este mínimo, antes garante o direito fundamental à segurança social como um todo, e era o respeito, a proteção e a vinculação a tal direito fundamental que a justiça constitucional deveria assegurar.

Deste modo se pode concluir que, estando o conteúdo do direito fundamental determinado, o eixo problemático se move para a questão da fundamentabilidade do próprio direito ou faculdade legalmente conformados. No caso dos direitos sociais, como o paradigmático direito à segurança social, a norma jusfundamental, após a concretização do legislador, encontra-se tão ou mais determinada que a norma jurídica que garante os direitos, liberdades ou garantias, não existindo qualquer razão para uma distinção, seja do ponto de vista material, seja do ponto de vista processual, uma vez que está pressuposta uma idêntica fundamentabilidade²⁸. Ora, o direito a uma mínima existência condigna, através da atribuição de prestações sociais, está suficientemente determinado na lei ordinária, não se vislumbrando o porquê de ser negado o recurso ao mecanismo de intimação, quando em causa está uma relevância jusfundamental indiscutível.

Se é certo que entre os artigos 24.º a 47.º da CRP referentes a direitos, liberdades e garantias encontramos, apesar da heterogeneidade dos conteúdos, alguns dos mais importantes direitos fundamentais, tal verificação está longe de fazer crer que todos os direitos, liberdades e garantias sejam hierarquicamente

²⁷ Cf. acórdãos do TC n.º 177/02, de 23.04.2002, Processo n.º 546/01 e n.º 232/91, de 23.05.1991, Processo n.º 279/89.

²⁸ Cf. JORGE REIS NOVAIS, “«Direito, liberdade ou garantia»: Uma noção constitucional impres-
tável na justiça administrativa?...”, *op. cit.*, p. 58.

superiores e mais importantes que outros direitos fundamentais, “[é] que não são pretensos escalões de relevância material que diferenciam os tipos de direitos fundamentais. O que neles é distinto é uma diferente justiciabilidade em consonância direta com uma determinabilidade de conteúdo constitucional correspondentemente diferenciada”²⁹. Os esforços da doutrina e da jurisprudência para resolver esse problema continuam a multiplicar-se apesar da atenção que o assunto já sofreu³⁰, e pese embora os novos caminhos que estamos a ver traçar.

3. Direito ao melhor ambiente através da intimação

Num último nível de consideração sobre a amplitude da intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, cabe-nos indagar a possibilidade de no seu âmbito caber o direito ao ambiente. O direito ao ambiente³¹ apresenta uma especificidade, que pelo menos o direito à segurança social *supra* esmiuçado não apresenta, uma vez que é um direito subjetivo (natureza bifronte) e *bem, valor e interesse difuso* conformador das novas e atuais preocupações da sociedade.

A Constituição³², influenciada pela Conferência de Estocolmo prevê, com alguns ajustes das revisões constitucionais, no seu artigo 66.º, n.º 1, “Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”.

Ao contrário das Constituições de outros países³³, a nossa consagra uma dimensão subjetiva ao direito ao ambiente. Apesar de alguns autores³⁴ considerarem difícil ou mesmo impossível definir o *quantum* do direito ao ambiente que *pertence* a cada um de nós, isto é reconhecer uma faceta personalística ao direito ao ambiente³⁵, a da doutrina que nos inspira considera o direito fundamental ao ambiente como um direito subjetivo com natureza bifronte³⁶.

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 53.

³⁰ Compare-se o acórdão do TCA-S (Secção CA – 2.º Juízo) de 06.06.2007, Processo n.º 02539/07 com o acórdão, também do TCA-S (Secção CA – 2.º Juízo) de 27.05.2010, Processo n.º 06235/10.

³¹ Cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 21 e ss.

³² A Constituição foi bastante inovadora ao consagrar não só o direito ao ambiente, como também tarefa do Estado a sua defesa e manutenção – artigos 9.º, alínea d), 66.º, n.º 2, 81.º alíneas a), l), m) e n).

³³ *Vide* as Constituições da Alemanha, Finlândia, Suécias e Países Baixos.

³⁴ Por exemplo, cf. CARLA AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa, AAFDL, 2012, pp. 244-245.

³⁵ Existe uma “presunção a favor da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais”. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 129.

³⁶ Cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito: Lições de Direito do Ambiente*, *op. cit.*, pp. 21 e ss.; IDEM, *Verdes são Também os Direitos do Homem: Responsabilidade Administrativa*

Não existe com a *subjetivação* uma apropriação do bem *ambiente*, trata-se, no inverso, de considerar que esse bem, já protegido objetivamente, pode dar origem a relações jurídicas, onde existem concretos direitos e deveres, e portanto mercedoras de uma tutela fundamental subjetiva. Além de que a sua autonomização permite a sua emancipação relativamente a outros direitos ou situações jurídicas que lhe são *próximos*³⁷, como o direito à saúde, relações de vizinhança, direito à propriedade³⁸. Concluindo a resposta à primeira interrogação – existe direito ao ambiente? – “o legislador constitucional português deu guarida ao direito do ambiente tutelando-o direta e imediatamente e não apenas como meio de efectivar outros direitos com ele relacionados”³⁹.

A par do direito ao ambiente surge a tarefa fundamental do Estado preservar o ambiente – artigos 9.º, alínea *d)*, 66.º, n.º 2, 81.º alíneas *a)*, *l)*, *m)* e *n)*, pelo que se verifica a elevação a direito fundamental “*circular*”⁴⁰ – “o direito co- envolve o dever de todos contribuírem para o que do Estado solicitam, isto é, em concreto, a defesa do ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, o que abre espaço para a dimensão auto-reflexiva do direito”⁴¹, existindo uma aproximação do cidadão ao papel do Estado na defesa do ambiente, que gera “*uma teia de empenhamentos*”⁴². De ressaltar ainda que a admissão de uma titularidade individual do direito ao ambiente não subverte⁴³ o bem jurídico ambiental⁴⁴,

em *Matéria de Ambiente*, S. João do Estoril, Princípios, 2000, pp. 9 e ss.; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (coords.), *Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., pp. 1340 e ss.; JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS, *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 33 e ss. Cf. ainda acórdão do STA (1.ª Subsecção do CA) de 22.01.2004, Processo n.º 0429/02.

³⁷ Expressão utilizada por JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS, *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo*, op. cit., p. 37.

³⁸ “Sublinhe-se todavia, que a intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias poderá traduzir-se numa via de tutela mediata do equilíbrio ecológico, sempre que o requerente, ao pretender cessar uma conduta jurídica ou material, lesiva dos seus direitos à integridade física ou psíquica obtenha também, reflexa e involuntariamente, um resultado favorável à reposição daquele equilíbrio”. Cf. CARLA AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, op. cit., p. 246.

³⁹ Cf. JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS, *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo*, op. cit., p. 37.

⁴⁰ Cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (coords.), *Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 1345.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 1345.

⁴² *Idem, ibidem*, p. 1345. No mesmo sentido, cf. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verdes são Também os Direitos do Homem: Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente*, op. cit., p. 17.

⁴³ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 184.

⁴⁴ Cf. JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS, *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo*, op. cit., p. 37, e “[a] via mais adequada para a protecção da natureza [é] a que decorre da lógica da proteção jurídica individual, partindo dos direitos fundamentais” – VASCO PEREIRA

pelo contrário completam-se, como veremos mais adiante. Resta-nos responder a uma última questão – qual o nível do direito ao ambiente? *Direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias*? A resposta parece ser unânime, para a doutrina que reconhece a sua subjetividade, “o direito fundamental ao ambiente possui suficiente determinabilidade para poder ser estabelecida a sua analogia aos direitos liberdades e garantias, nos termos do artigo 17.º da Constituição”⁴⁵. No acórdão do Supremo Tribunal Administrativo reconhece-se esta sua dimensão: “[o] direito ao ambiente é um direito fundamental de natureza análoga a que se refere o artigo 17º da Constituição da República Portuguesa, sendo-lhe aplicável, por isso, o regime constitucional específico dos direitos, liberdades e garantias”^{46 47}.

Partimos com estes *pré-conceitos* e ideias pré-definidas para a seguir justificar a adequação da intimação para fazer face a uma necessidade de tutela, que “pode derivar de uma perturbação diferenciadamente sentida por um (ou vários) sujeitos perfeitamente identificados(s), dirigindo-se a actividade jurisdicional à tutela (individual) de um direito subjectivo”⁴⁸. Ou seja, exploraremos, ainda que de forma sumária, a dimensão negativa ou defensiva do direito ao ambiente – “direito a que o Estado ou outra pessoa, pública ou privada, singular ou colectiva, não pratique qualquer acção danosa para o ambiente”⁴⁹. Aliás, mesmo para os autores que refutam a existência de um direito ao ambiente *individualizado*, é pacífico que os particulares sejam titulares de direitos de acção judicial⁵⁰.

É certo que a intimação prevista no artigo 109.º, n.º 1, do CPTA poderia contar-se de entre essas vias de protecção. Contudo, o revisitado processo não sofre, para pesar de toda a vida e práticas jurídicas e jurisdicionais, alterações que clarifiquem o seu âmbito, pelo que a doutrina segue na tentativa de dirimir a

RA DA SILVA, *Verdes são Também os Direitos do Homem: Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente*, op. cit., p. 16.

⁴⁵ Cf. JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS (coords.), *Constituição Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 1349.

⁴⁶ Cf. acórdão do STA (1.ª Subsecção do CA) de 22.01.2004, Processo n.º 0429/02.

⁴⁷ Cf. Jurisprudência dos tribunais cíveis reconhece o direito ao ambiente, como sendo um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias – *Os Direitos Fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Acórdãos selecionados*, disponível em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/fich-pdf/Direitos_Fundam_Jurisp_STJ_Acordaos.pdf [25.01.2016].

⁴⁸ Cf. JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS, *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo*, op. cit., p. 38.

⁴⁹ Cf. JOSÉ EDUARDO DE OLIVEIRA FIGUEIREDO DIAS, *Tutela Ambiental e Contencioso Administrativo*, op. cit., p. 81. Cf. também J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, op. cit., p. 348: “desde logo, um direito negativo, ou seja, um direito à abstenção, por parte do Estado e de terceiros, de acções ambientalmente nocivas (nº 3)”.

⁵⁰ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 187; CARLA AMADO GOMES, *Textos Dispersos de Direito do Contencioso Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2009, pp. 488 e ss.

divergência que pende sobre este processo. Como referido *supra*, uma interpretação que não seja conforme com o artigo 20.º, n.º 5, da CRP desvirtua não só o alcance do processo de intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, como recua anos de avanços na tutela jurisdicional efetiva⁵¹.

De acordo com um leque de jurisprudência⁵², ainda que mais ou menos insegura, a intimação abarca não só todos os direitos, liberdades e garantias, como também os direitos fundamentais análogos, onde se enquadra o direito ao ambiente. Estando, portanto, em consonância com grande parte da doutrina, como Mário Aroso de Almeida e Isabel Fonseca, que avançava, previamente, tal solução⁵³.

Pese embora o desenvolvimento da jurisprudência ao abranger direitos fundamentais análogos, *ex vi* artigo 17.º da CRP, aos direitos, liberdades e garantias, perfilhamos o pensamento de Jorge Reis Novais explanado previamente a propósito dos direitos à saúde e à segurança social.

Numa quase total aproximação a esta posição surge o acórdão do TCA-S, onde se afirma que: “[e]mbora seja muito discutível que o artigo 109º do CPTA não se aplique a todos os direitos fundamentais[,] uma coisa é certa: o que se

⁵¹ Cf. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo Temporalmente Justo e Urgência: Contributo para a Autonomização da Categoria da Tutela Jurisdicional de Urgência na Justiça Administrativa*, *op. cit.*; IDEM, *Dos Novos Processos Urgentes no Contencioso Administrativo (Função e Estrutura)*, *op. cit.*

⁵² Cf. acórdão do STA (1.ª Subsecção do CA) de 22.01.2004, Processo n.º 0429/02; Acórdão do STA (2.ª Subsecção do CA), de 30.11.2010, Processo n.º 0673/10; Acórdão do STA (1.ª Subsecção do CA), de 17.01.2010, Processo n.º 0910/07; Acórdão do STA (2.ª Subsecção do CA), de 16.01.08, Processo n.º 0892/07; Acórdão do STA (1.ª Subsecção do CA), de 29.01.2014, Processo n.º 01370/13; Acórdão do TCA – S (CA – 2.º Juízo), de 30.11.2011, Processo n.º 08139/11; Acórdão do TCA-N (1.ª Secção), de 14.12.2012, Processo n.º 00356/12.2BECBR; Acórdão do TCA-N (1.ª Secção), de 25.01.2007, Processo n.º 00678/06.1BECBR; Acórdão do TCA-N (1.ª Secção), de 25.07.2007, Processo n.º 02834/06.3BEPRT.

⁵³ A propósito do direito ao ambiente, cf. ISABEL CELESTE M. FONSECA, *Processo Temporalmente Justo e Urgência: Contributo para a Autonomização da Categoria da Tutela Jurisdicional de Urgência na Justiça Administrativa*, *op. cit.*, pp. 852-854; IDEM, *Dos Novos Processos Urgentes no Contencioso Administrativo (Função e Estrutura)*, *op. cit.*, p. 76; MÁRIO AROSO DE ALMEIDA, “Tutela jurisdicional em matéria ambiental”, in Mário de Melo Rocha (coord.), *Estudos de Direito do Ambiente*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2003, pp. 93-94; SOFIA DAVID, *Das Intimações: Considerações sobre uma Nova Tutela de Urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 176; ANA SOFIA FIRMINO, “A intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias”, in Vasco Pereira da Silva (coord.), *Novas e Velhas Andanças do Contencioso Administrativo: Estudos sobre a Reforma do Processo Administrativo*, *op. cit.*, p. 411; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “A protecção dos direitos fundamentais dos particulares na justiça administrativa reformada”, in *RLJ*, n.º 3929, 2001, p. 230; ANABELA LEÃO, “A intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias sob o signo da urgência”, in João Caupers e Jorge Bacelar Gouveia (coord.), *Estudos de Direito Público*, Lisboa, Âncora, 2006, p. 409. Esta autora defende o alargamento aos direitos fundamentais análogos não positivados no texto constitucional. *Idem, ibidem*, pp. 408 e 409.

tem de ver é se a pretensão do autor se pode integrar ou não num dos feixes ou faculdades do direito fundamental tutelável pelo artigo 109º; a pretensão concreta não tem ela, logicamente, de corresponder a um direito fundamental, seja direito fundamental de liberdade, seja direito fundamental social. A nosso ver, os artigos 109º ss do CPTA pretendem proteger, tendo presentes os artigos 1º, 2º, 17º e 18º da Constituição, uma pessoa contra uma grave ameaça ou violação em curso de uma qualquer situação jusfundamental concreta, minimamente densificada e de conteúdo determinado ou determinável (posta em crise pela A.P.) e que necessite urgentemente de uma tutela jurisdicional imediata e definitiva, insuscetível de ser obtida através de outro meio processual (por exemplo, os artigos 128º e 131º do CPTA, aliados a uma ação administrativa impugnatória)⁵⁴.

III. Conclusões: problema irresoluto

I.

1. Não obstante a recente reforma da justiça administrativa e pese embora as alterações introduzidas no regime relativo à Intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, permanece a dúvida quanto âmbito material de aplicação deste processo urgente.

2. Nem para a doutrina nem para a jurisprudência administrativistas tem sido fácil responder se esta ação poderá ser utilizada quanto a ameaça abrange todos os direitos, liberdades e garantias ou só quanto a alguns, os pessoais, e se, por outro lado, se aplica igualmente a em caso de receio de lesão de outros direitos fundamentais.

3. De sorte que, a opção que foi tomada pelo legislador administrativo, manifestada na seleção da categoria de direitos, liberdades e garantias como filtro de acesso à intimação, tem sido mal compreendida.

4. Assim, não é possível distinguir os dois tipos de direitos fundamentais com base numa sistematização necessariamente artificial. Não existe uma proteção material reforçada dos direitos, liberdades e garantias na Constituição, nem uma hierarquia entre os direitos fundamentais. Os direitos de liberdade não são mais próximos da dignidade da pessoa humana do que os direitos sociais, nem se pode contrapor a pretensa dimensão essencialmente negativa dos direitos de liberdade à suposta dimensão positiva dos direitos sociais.

⁵⁴ Cf. acórdão do TCA-S (CA – 2.º Juízo), de 26.03.2015, Processo n.º 11947/15.

5. Será legítimo o acesso à intimação desde que, verificados os pressupostos do artigo 109.º, n.º 1, do CPTA, esteja em causa um direito fundamental da maior relevância material, com um conteúdo normativamente determinado (pela Constituição e/ou pela lei) que permita a intervenção do juiz administrativo com plena observância do princípio da separação de poderes.

II.

1. O direito à saúde, como um todo, é, antes de mais, um direito fundamental em sentido material, com natureza bifronte (vertente positiva/prestadora e vertente negativa/defensiva), que se interconexiona com os direitos de liberdade. Na sua dimensão tipicamente prestadora, o direito à saúde analisa-se no direito de exigir determinadas ações dos poderes públicos com vista à proteção da saúde e ao tratamento das doenças e, de outra banda, na sua dimensão negativa, o direito à saúde traduz-se no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer ato que prejudique a saúde, o que facilmente o reconduz aos direitos de liberdade.

1.1. O processo de intimação é admissível para tutelar o direito à saúde – *rectius*, as suas dimensões parcelares – se, em concreto, estiverem preenchidos os critérios de fundamentalidade do direito, determinabilidade do seu conteúdo e, consequentemente, a possibilidade de recurso à justiça administrativa com respeito pela separação de poderes e existir o direito a reclamar a célere emissão de uma decisão de mérito, por não poder ser protegido com mais eficácia por qualquer via normal de reação.

2. O direito à segurança social está consagrado nos artigos 22.º e 25.º, n.º 1, parte final, da Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵⁵. Regras que também encontram acolhimento no nosso ordenamento jurídico fundamental. Integrado no Capítulo II (Direitos e deveres sociais), do Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais), da Parte I (Direitos e deveres fundamentais), dispõe o artigo 63.º da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe “Segurança social e solidariedade”.

⁵⁵ “Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos económicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país” (artigo 22.º). “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na velhice, na viuvez, em outros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade” (artigo 25.º, n.º 1).

2.1. E, acompanhando Jorge Reis Novais, dizemos também que o direito à segurança social, sendo “*um direito fundamental da maior relevância material*”, estando “suficientemente determinado em termos de direito subjetivo público” e, como tal, “é suscetível de ser judicialmente invocável com respeito integral do princípio da separação de poderes e dos limites funcionais da justiça administrativa”.

3. Em matéria de protecção ambiental, não desenhamos uma resposta negativa. Antes pelo contrário: a intimação será o meio de reação adequado perante a necessidade de uma tutela de mérito (preventiva do ambiente) urgente, não alcançada, em tempo útil e com utilização de outro meio processual, ainda que conjugado com o decretamento provisório de providência cautelar.

A resposta poderia ser mais *segura e convicta* não fosse a instabilidade jurisprudencial e o pouco *auxílio* na clarificação dado pelo legislador aquando da mais recente revisão.

HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

FUNDAMENTO HISTÓRICO E FUNDAMENTO TEÓRICO DA SUBJETIVIDADE INTERNACIONAL DO INDIVÍDUO

Jeison B. de Almeida¹

I. Introdução

Na doutrina em língua portuguesa dois destacados juristas já utilizaram a expressão *humanização do Direito Internacional*, a revelar conceitos complementares. Jorge Miranda, *e.g.*, diz que o Direito Internacional contemporâneo está a passar por um período de transição que acusa algumas tendências. Dentre essas tendências do atual Direito Internacional o autor destaca a tendência de humanização, na qual “o Direito Internacional torna-se, também, um Direito Internacional dos Direitos do Homem”².

O outro jurista que utiliza a expressão *humanização do Direito Internacional* em seus escritos é Cançado Trindade, que atribuiu à expressão um significado mais amplo³. Para Cançado Trindade, a humanização do Direito Interna-

¹ Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho e Professor na Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT.

² As outras tendências citadas pelo autor são: a universalização; a regionalização; a institucionalização; a funcionalização; a objetivação; a codificação; e a jurisdicionalização. Cf. JORGE MIRANDA, “A incorporação ao Direito interno de instrumentos jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos”, in *Revista CEJ*, n.º 11, 2000, pp. 23-26.

³ Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2010; IDEM, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006; IDEM, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

cional seria um processo de reconstrução do Direito Internacional com atenção às normas de proteção do ser humano. O estudo seminal de Cançado Trindade sobre o assunto foi externado no Curso Geral de Direito Internacional Público, na Academia Internacional de Haia, em 2005. A publicação deste curso rendeu elogios e críticas ao autor, no entanto, pode-se afirmar que a obra pode ser considerada inspiradora e um *novo clássico*⁴ do Direito Internacional. A elaboração do nosso estudo tem forte inspiração (em seu conteúdo) no conclave feito pelo jurista que confia às novas gerações de *jusinternacionalistas* o fomento teórico⁵ e prático para a construção de um novo Direito Internacional: o *Direito Internacional da Humanidade*.

Mas afinal qual é o significado da expressão *humanização do Direito Internacional*? Para nós, a humanização é um fenômeno percebido pelo Direito Internacional, que demonstra um caminhar do ser humano (e suas coletividades) e seus direitos internacionalmente reconhecidos ao centro da ordem jurídica internacional, no qual as outras normas internacionais passam a orbitar, a ter como efeito a alteração ou a re-interpretação dessas normas⁶. O ser humano e o seu bem estar passam a ocupar posição central no sistema das relações internacionais.

Neste estudo, buscaremos evidenciar o processo e fundamento histórico de surgimento e formação do fenômeno de humanização do Direito Internacional. Ademais, destacaremos a evolução do alargamento do conceito de personalidade jurídica internacional, a contribuir para o fenômeno aqui estudado. Para tratar desses assuntos, dessa vez, inspirados (quanto ao modo de sistematizar) no estudo de Luís Roberto Barroso, intitulado “neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil”⁷, dividiremos o presente artigo em dois capítulos: no primeiro, intitulado

⁴ Essa expressão é utilizada por Cecilia Marcela Bailliet. Cf. CECILIA M. BAILLIET, “Book review: A. A. Cancado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium* (Brill 2010)”, in *Nordic Journal of International Law*, n.º 81, 2012. Essas qualidades também são referidas por Paula Wojcikiewicz Almeida, em sua resenha do livro. Cf. PAULA WOJCIKIEWICZ ALMEIDA, “Resenha da obra *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, de Antônio A. Cançado Trindade”, in *Revista de Direito GV*, janeiro/junho 2013, pp. 379-390.

⁵ Neste sentido, cf. JEISON BATISTA DE ALMEIDA, *A Humanização do Direito Consular à Luz do Instituto da Assistência Consular ao Preso Estrangeiro*, dissertação de Mestrado em Direitos Humanos, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2013; IDEM, “A humanização do Direito Consular”, in *Revista Onis Ciência*, vol. II, 2014, pp.119-138.

⁶ Nas palavras de Cançado Trindade: “[t]emos hoje o privilégio de testemunhar e impulsionar o processo de *humanização* do direito internacional, que passa a ocupar-se mais diretamente da identificação e realização de valores e metas comuns superiores. O reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos”. Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, p. 406 (itálico no original).

⁷ Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O

“fundamento histórico”, falaremos da história próxima de formação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a destacar o surgimento de documentos jurídicos e tribunais internacionais; no segundo capítulo, aduziremos sobre um dos fundamentos teóricos do fenômeno da humanização do Direito Internacional, no qual falaremos sobre a atribuição de personalidade jurídica internacional ao indivíduo.

II. Fundamento histórico

Conforme nos diz Mazzuoli, o “Direito Internacional Público vem, ao longo do tempo, desde a época provável de seu nascimento, ganhando novos contornos e evoluindo *pari passu* ao avanço da sociedade internacional”⁸. Essa evolução é dividida por Jorge Miranda em períodos históricos⁹. Para o autor, são dois os períodos que se devem destacar. No primeiro período, dito de Direito Internacional clássico, dominavam as relações entre os Estados, os únicos sujeitos de Direito Internacional, e a normatividade era pautada no costume e nos tratados que em sua grande maioria só regulavam questões relacionadas ao comércio, navegação, aliança e paz¹⁰. O segundo período corresponde ao do Direito Internacional contemporâneo, que se inicia em 1919, e é caracterizado pelo surgimento de outros sujeitos com capacidade jurídica internacional – tais como as Organizações Internacionais Intergovernamentais e o indivíduo – e a multiplicação de tratados multilaterais sobre as mais variadas matérias¹¹. O segundo período é o que neste momento nos interessa e o qual nos propomos a desenvolver, pois é nele que se inicia o processo de internacionalização dos direitos humanos.

triumfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, in *Revista de Direito Administrativo*, n.º 240, 2005.

⁸ Cf. VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, 6.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 55.

⁹ “Tal como todas as realidades humanas, e principalmente as jurídicas, aquilo a que hoje chamamos Direito Internacional, Direito Internacional Público ou Direito das Gentes tem de ser compreendido a partir da história; e ele tem uma história que faz parte da história das sociedades políticas e do Direito”. Cf. JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Estoril, Príncipia, 2006, p. 9.

¹⁰ Para Jorge Miranda, esse período é dividido em “três fases ou subperíodos: a) A primeira, de primórdios, abrange os tempos anteriores à paz de Vestefália (1648); b) A segunda fase decorre até a Revolução Francesa e os finais do século XVIII; c) A terceira fase começa nessa altura e termina na Primeira Guerra Mundial”. Cf. JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, *op. cit.*, p. 11.

¹¹ Cf. JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, *op. cit.*, p. 10.

Embora alguns autores possam encontrar nos tratados de paz de Westfália uns dos precedentes históricos mais remotos do Direito Internacional dos Direitos Humanos¹², é certo que as regras de Direito Humanitário, o labor desenvolvido pela Sociedade das Nações¹³ e pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), no período entre-guerras, situam-se como os precedentes históricos mais concretos deste processo de internacionalização dos direitos humanos¹⁴. Embora a importância desses precedentes, é certo que o ser humano padecia de proteção normativa internacional e a *razão do Estado* mostrava-se inquestionável.

Um dos principais idealizadores da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, René Cassin, aduz um episódio que bem interpreta o estágio de proteção do indivíduo pelo Direito Internacional Público, no período entre-guerras. Segundo o autor, no ano de 1933, frente à queixa da Polónia pela violação de um tratado de proteção de minorias em Alta-Silésia, à Sociedade das Nações, o enviado de Hitler para deliberar na assembleia daquela organização, cujo volume de um revolver se notava em seu bolso, no furor da discussão, disse: “ustedes Sociedad de Naciones, no tienen por qué saber lo que nosotros hacemos con nuestros socialistas, con nuestros pacifistas, con nuestros judíos. Nosotros somos libres de tratarlos como queramos. Todo eso no debe impórtales”¹⁵.

Não obstante o valor histórico dos precedentes do entre-guerras, René Cassin leciona que a verdadeira *cruzada* pela proteção normativa internacional dos direitos humanos ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial¹⁶. O início do genocídio realizado pela Alemanha nazista de Hitler foi um dos eventos históricos com maior poder de catalisação para a humanização do Direito das Gentes, gerando intensa mobilização da sociedade civil para a elaboração de um *bill of rights* a nível internacional. Sobre essa mobilização, René Brunet escreve que houve um amplo movimento da opinião pública, nascido, principalmente, na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos da América, que foi aumentando em alcance e força à medida em que avançava a guerra. Centenas de organizações políticas,

¹² Cf. VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de Direitos Humanos*, São Paulo, Método, 2014.

¹³ “A pesar de que el Pacto de la Sociedad de Naciones no menciona ni una sola vez de manera explicita los «derechos humanos»”. Cf. FELIPE GÓMEZ ISA e JAIME ORAÁ, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad Desto, 2008, p. 22.

¹⁴ Para uma análise dos precedentes históricos do direito internacional dos direitos humanos, cf. THOMAS BUERGENTHAL, *International Human Rights*, Minnesota, West Publishing, 1988, pp. 14 e ss.; FLÁVIA PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 5.ª ed., São Paulo, Max Limonad, 2002, pp. 123-131.

¹⁵ Cf. RENÉ CASSIN, “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal”, in AAVV, *Veinte Años de Evolución de los Derechos Humanos*, México, D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1980, p. 391.

¹⁶ Cf. RENÉ CASSIN, “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal”, *op. cit.*, p. 392.

acadêmicas e religiosas, mediante suas manifestações ou intervenções, divulgaram a ideia de que a proteção dos direitos humanos deveria ser um dos objetivos dos Estados Aliados¹⁷. A partir do ano de 1940, a pressão da sociedade civil sobre as instituições estatais para a proteção internacional dos direitos humanos se acentuou, especialmente no ano de 1943, a ter como exemplo o *Pattern for Peace*, elaborado e distribuído em conjunto por judeus, protestantes e católicos¹⁸. A manifestação que contribuiu simbolicamente com esse processo de tomada de consciência para a internacionalização dos direitos humanos, durante a Segunda Guerra Mundial, foi o discurso do então Presidente dos Estados Unidos da América, Franklin Delano Roosevelt, ao Congresso estadunidense, em 6 de janeiro de 1941, no qual expressa quais são as quatro liberdades fundamentais que deveriam ser garantidas a todos seres humanos, nomeadamente, a liberdade de palavra e pensamento; liberdade diante da necessidade; liberdade de religião; e liberdade diante do medo¹⁹.

Fruto ou não da pressão exercida pela sociedade civil organizada, os direitos humanos passaram para a agenda dos Estados Aliados contra o nazi-fascismo e sua garantia passou a ser um dos objetivos da guerra. O documento que demarca essa assertiva é a Declaração das Nações Unidas, de 1 de janeiro de 1942. A referida declaração dizia, *e.g.*, que a vitória total sobre os inimigos era essencial para defender a vida, a independência, a liberdade religiosa e para preservar os direitos humanos e a justiça nos países em guerra²⁰. Outro evento determinante para o processo de internacionalização dos direitos humanos, de iniciativa da China, Estados Unidos, Grã-Bretanha e da então União Soviética, foi a reunião de Durbaton Oaks. A reunião tinha a intenção de, finda a guerra, vislumbrar a estrutura da sociedade internacional e a possibilidade de criação da ONU, e uns dos temas em discussão foram os direitos humanos²¹.

Podemos perceber que as marcas profundas das atrocidades perpetradas pela Alemanha nazista serviram para mudar o paradigma do cenário internacional e para que se passasse a discutir a proteção dos seres humanos e se caminhasse para a edificação do sistema de proteção de direitos humanos que hoje temos. Nesse sentido, a Carta de São Francisco representou um grande avanço,

¹⁷ Cf. RENÉ BRUNET, *La Garantie Internationale des Droits de l'Homme d'après la Charte de San-Francisco*, Genebra, Ch. Grasset, 1947, pp. 93-94.

¹⁸ Cf. JOHANNES MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, Filadélfia, University of Pennsylvania Press, 1999, pp. 1-4.

¹⁹ As quatro liberdades ditas por Roosevelt vão influenciar inclusive o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Cf. JOHANNES MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, *op. cit.*, pp. 2-4.

²⁰ Cf. E. RABOSSI, *La Carta Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, EUDEBA, 1987, pp. 10 e ss.

²¹ Cf. FELIPE GÓMEZ ISA e JAIME ORAÁ, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, *op. cit.* pp. 24-29.

ainda que o seu texto final tenha ficado aquém do pretendido por diversos intervenientes que reclamavam um *Bill of Rights* neste documento²². Não obstante, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) contribuiu para a evolução substancial do DIP e, o ser humano, que outrora era considerado como simples objeto do Direito Internacional, vai ganhar um novo *status* e passar a ser sujeito de direitos, merecedor de proteção normativa internacional.

É com a criação da ONU, através da Carta de São Francisco, que ao nosso entender se tem início o processo de humanização do Direito Internacional Público, a expandir o rol de sujeitos do *jus gentium* (v. *infra*) e a romper com o conceito de soberania estatal absoluta do Estado. A referida Carta, em que pese não ter em seu bojo uma declaração de direitos humanos, não se calou totalmente quanto a este assunto, pois, em seu artigo 68.º, conferiu ao seu Conselho Econômico e Social a tarefa de criar uma comissão de direitos humanos. Criada a Comissão de Direitos Humanos, em fevereiro de 1946, esta ficou encarregada de elaborar uma carta de direitos humanos. A tarefa designada, no entanto, não seria das mais fáceis. Em virtude da recente tomada de consciência da sociedade internacional da necessidade de proteger o indivíduo internacionalmente, a Comissão, inteligentemente, como afirmam Gómez Isa e Felipe Oraá, decidiu trabalhar, em primeiro lugar, numa *declaração de direitos*, para posteriormente à sua aprovação, iniciar o labor de elaboração de um tratado internacional que regulasse a matéria com maior força normativa²³. No entanto, a recente tomada de consciência da sociedade internacional não era o único desafio da Comissão. Em seu labor construtivo da declaração, a Comissão teve de lidar com a divisão político-ideológica presente na sociedade internacional polarizada entre socialistas e capitalistas²⁴. Algumas potências internacionais também não viam com bons olhos a internacionalização dos direitos humanos, principalmente aquelas que ainda tinham colônias²⁵.

De um modo geral, a Comissão de Direitos Humanos e seu Comitê de Redação soube lidar com as influências políticas e ideológicas, em que pese re-

²² O ativismo desempenhado neste sentido foi pelas nações latino-americanas e ONGs que faziam parte da delegação estadunidense.

²³ Cf. FELIPE GÓMEZ ISA e JAIME ORAÁ, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, op. cit., p. 42.

²⁴ “Los derechos humanos han sido una cuestión que ha estado absolutamente politizada, entrando en juego factores externos a lo que constituye la esencia y la razón de ser de los derechos humanos: la defensa de la dignidad de la persona humana”. Cf. FELIPE GÓMEZ ISA e JAIME ORAÁ, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, op. cit., p. 45.

²⁵ Ainda durante a reunião de Dumbarton Oaks o delegado britânico foi um dos principais opositores à internacionalização dos direitos humanos, em sua concepção não se poderia abrir a possibilidade de que a futura Organização das Nações Unidas pudesse criticar a organização interna dos Estados-membros.

levantantes críticas²⁶. Em primeiro lugar, a escolha de elaborar uma declaração com natureza jurídica de resolução da Assembleia Geral não intimidava tanto os Estados colonialistas; em segundo lugar, a disputa ideológica entre socialistas e capitalistas foi bem coordenada, a dispor a declaração tanto de direitos sociais, econômicos e culturais, assim como os direitos civis e políticos; por último, o *lobby* feminista teve a importância de trazer uma nova linguagem à declaração. Exemplo disso é o enunciado normativo do artigo 1.º da DUDH, que optou pela expressão “todos os seres humanos nascem livres...”, no lugar da proposta inicial, que dizia que “todos os homens nascem livres...”²⁷.

Deste modo, o primeiro labor desenvolvido pela Comissão de Direitos Humanos foi a elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), o primeiro instrumento jurídico internacional de proteção dos direitos humanos, de caráter geral, proclamado por uma organização intergovernamental de vocação universal, a ONU. Nas palavras de Cassese, a Declaração Universal foi uma conquista para toda humanidade²⁸.

Com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, um marco documental da humanização do *Ius Gentium*, a sociedade internacional vai passar por um gradual processo de reconhecimento do indivíduo (e suas coletividades) como sujeito de direitos com sua inerente dignidade. A partir da DUDH, outros tratados internacionais foram aprovados no âmbito da ONU. Falamos do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966, que formam, junto com a Declaração Universal de 1948, o *International Bill of Rights* – sistema geral de proteção sob o manto da ONU.

Para além do sistema geral de proteção, outros tratados foram elaborados visando proteger determinado grupo, *e.g.*, Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979);

²⁶ É de se notar que, mesmo antes de sua aprovação, a DUDH recebeu duras críticas, principalmente no que se refere a sua pretensão de declarar direitos universalmente válidos. Podemos citar, por exemplo, o *memorandum* da American Anthropological Association (AAA). Sobre o *memorandum*, Morsink aduz: “The anthropologist believed that the Human Rights Commission was in danger of making such ethnocentric judgments in the International Bill of Rights. As they saw it, «the primary task» the drafters faced was to find a solution to the following problem: «How can the proposed Declaration be applicable to all human beings and not be a statement of rights conceived only in terms of values prevalent in the countries of Western Europe and America?»[...] The AAA was worried that this problem had no good solution”. Cf. JOHANNES MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, *op. cit.*, p. ix.

²⁷ Para aprofundamento do labor feminista, cf. JOHANNES MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, *op. cit.*, pp. 116-129; J. PETER e A. WOLPER (eds.), *Women’s Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, Nova Iorque, Routledge, 1995.

²⁸ Cf. A. CASSESE, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 53.

Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), etc. A esses tratados denominou-se como o sistema especial de proteção. Para Flávia Piovesan, “o sistema especial de proteção realça o processo da especificação do sujeito de direito, em que o sujeito de direito é visto em sua especificidade e concreticidade. Isto é, as Convenções que integram este sistema são endereçadas a determinado sujeito de direito”²⁹.

Neste processo de internacionalização dos direitos humanos, não se pode esquecer o labor realizado pelas organizações internacionais de caráter regional, ao criarem tratados e tribunais vocacionados para a proteção internacional destes direitos em *coexistência* com o sistema universal.

Regionalmente, evidencia-se o Conselho da Europa, cujos Estados-membros assinaram, no dia 4 de novembro de 1950, a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH). Merrills leciona que o objetivo da CEDH era “estabelecer as fundações para a nova Europa que esperavam construir sobre as ruínas de um continente devastado por uma guerra fratricida de incomparável atrocidade”³⁰. A CEDH é supervisionada por um órgão jurisdicional, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que forma – em conjunto com as normas de Direito interno dos Estados-parte e as normas relativas a direitos fundamentais de Direito da União Europeia³¹ – o sistema europeu de proteção dos direitos humanos, o mais plenamente desenvolvido a nível regional.

O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos é composto, principalmente, de quatro instrumentos: a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948); a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948); a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), que criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH); e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988).

Ainda relativamente jovem³², o sistema africano de proteção dos direitos humanos é composto, principalmente, pela Carta Africana dos Direitos do

²⁹ Cf. FLÁVIA PIOVESAN, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 118.

³⁰ Cf. J. G. MERRILLS e A. H. ROBERTSON, *Direitos Humanos na Europa*, op. cit., p. 9.

³¹ Para uma análise do sistema de proteção de direitos fundamentais da União Europeia, e o seu relacionamento com o sistema do Conselho da Europa (CEDH e TEDH), cf., entre outros, DAMIAN CHALMERS, GARETH DAVIES e GIORGIO MONTI, *European Union Law*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2010; MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia e Direitos Fundamentais: No Espaço da Internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006.

³² “Se o sistema regional europeu de direitos humanos é o que se apresenta mais evoluído e mais sólido até o presente momento, seguido do sistema regional interamericano, que se encontra em posição intermediária, o sistema regional africano é ainda o mais incipiente e frágil”. Cf. VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, op. cit., p. 940.

Homem e dos Povos, de 1981, que criou um órgão de proteção: a Comissão Africana dos Direitos do Homem e dos Povos. Posteriormente, outro órgão de proteção da Carta foi criado, através do Protocolo à Carta, datado de 1988, que instituiu a Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

Pois bem, *en passant*, buscamos traçar o processo histórico de formação e desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a destacar o surgimento de instrumentos jurídicos e tribunais internacionais. Nesse processo de formação que fundamenta historicamente o fenômeno de humanização do Direito Internacional alguns institutos vão evoluir e se transformar, e trazer os fundamentos teóricos do fenômeno em análise.

III. O fundamento teórico da atribuição de personalidade jurídica internacional ao indivíduo

Alfred Vendross diz que os sujeitos do direito internacional são aquelas pessoas cujo comportamento regula diretamente a ordem jurídica internacional³³; Soresen diz que são sujeitos de Direito Internacional Público aqueles entes que, além de serem destinatários das normas, têm legitimidade para reclamar perante o incumprimento das normas ou podem incorrer em responsabilidade se são eles que as infringem³⁴. Em ambas as definições, colhidas em autores tradicionais do Direito Internacional, não temos dificuldades, atualmente, em incluir os indivíduos. Contudo, é recente o reconhecimento de que os indivíduos têm seu comportamento regulado pelo DIP, ou seja, que são destinatários das normas internacionais com capacidade (ainda que restrita) de reclamar sua violação e de serem responsabilizados quando as violarem. O marco inicial do reconhecimento do ser humano como sujeito de Direito Internacional é, ao nosso sentir, a Carta de São Francisco, de 1945³⁵. A partir dela abre-se caminho para a expansão e concretização dessa personalidade. Outro documento de referência que veio cristalizar o reconhecimento da sociedade internacional em conferir direitos aos indivíduos foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

³³ Cf. ALFRED VENDROSS, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Aguilar, 1976, p. 174.

³⁴ Cf. MAX SORESENSEN, *Manual de Derecho Internacional Público*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1973.

³⁵ Sustentou Lauterpacht que, com a Carta da ONU, o indivíduo adquiriu um *status* e uma estatura que o transformaram de um objeto de compaixão internacional em um sujeito de direitos internacionais. Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, "Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI", in Antônio P. Cachapuz de Medeiros (org.), *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Fundação Alexandre Gusmão, 2007, p. 258.

Hodiernamente podemos dizer que o reconhecimento da personalidade jurídica ao indivíduo está sedimentado na teoria e prática internacional, em que pesem vozes dissonantes que insistem no *não-reconhecimento* ou atribuindo-lhe uma particular forma de desmerecimento, como é o caso, na doutrina brasileira, de Rezek, sob o argumento de que os indivíduos “não se envolvem, a título próprio, na produção do acervo normativo internacional, nem guardam qualquer relação direta e imediata com esse corpo de normas”³⁶. Mesmo diante da descrença dessa doutrina apegada ao *positivismo-voluntarista*, é certo que, nas palavras de Cançado Trindade, a cristalização da personalidade e capacidade jurídicas internacionais do ser humano constitui o legado mais precioso da ciência jurídica do século XX³⁷.

Indubitavelmente, o indivíduo (o *ser humano*) possui, hoje, personalidade jurídica internacional que lhe confere a (i) possibilidade e capacidade de ser protegido por normas internacionais através de tribunais ou entidades administrativas, bem como a (ii) capacidade de ser punido por violação das normas protetivas da *humanidade*.

No atual *estado d'arte* da teoria dos sujeitos³⁸, podemos afirmar categoricamente que o (i) indivíduo é titular de direitos em várias normas internacionais, independentemente da intermediação de qualquer outro sujeito ou entidade internacional. Hoje em dia, existem vários instrumentos jurídicos com força normativa vinculativa, tais como os tratados e convenções internacionais, bem como documentos declarativos de direitos com menor força vinculante, a reconhecer e indicar direitos subjetivos dos indivíduos e suas coletividades. Há, portanto, todo um conjunto de normas adotadas por organizações internacionais. No plano global, destaca-se o labor da ONU e os organismos a ela vinculados (como o Conselho de Direitos Humanos). Regionalmente, destaca-se a produção normativa dos sistemas europeu, interamericano e africano de proteção dos direitos humanos. Mesmo nas regiões que não possuem um sistema de proteção dos direitos humanos formado, existem normas que atribuem direitos subjetivos ao indivíduo.

Reflexo da expansão da personalidade jurídica do indivíduo foi o reco-

³⁶ Cf. JOSÉ FRANCISCO REZEK, *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 9.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 146.

³⁷ “Trata-se de uma notável conquista da civilização, lograda graças ao considerável desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao longo das cinco últimas décadas, a requerer uma atenção bem maior e mais cuidadosa do que a dispensada ao tema até o presente por grande parte da doutrina jurídica, aparentemente ainda apegada a posições dogmático-ideológicas do passado”. Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI”, *op. cit.*, p. 242.

³⁸ Cf. JULIO A. BARBERIS, *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Madrid, Tecnos, 1984.

nhecimento pelo Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) e pela CIDH³⁹ de que o Direito Consular – um dos ramos mais *estatocêntricos* do DIP – atribui direitos subjetivos aos indivíduos, especificamente os previstos no artigo 36.º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 – que fala da assistência consular ao preso estrangeiro –, independentemente da vontade dos Estados no momento histórico de elaboração das normas convencionais consulares. Os dois tribunais internacionais, conforme expressão utilizada por Vierucci, adotaram uma interpretação dinâmica (e não estática) do Direito Consular, ao reconhecerem que a Convenção de 1963 confere direitos individuais⁴⁰.

Ainda fruto dessa expansão, mais recentemente, através do Protocolo n.º 11, o sistema europeu de direitos humanos dotou o indivíduo de capacidade processual de reclamar a violação de seus direitos diretamente a um tribunal internacional⁴¹. O artigo 34.º da CEDH autoriza o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a receber petições de qualquer pessoa ou grupo de indivíduos alegando serem vítimas de violação dos direitos contidos na Convenção ou nos seus protocolos⁴².

É certo que a experiência europeia é ainda isolada. Tanto no sistema global da ONU, como no sistema regional interamericano e africano, o indivíduo *ainda* não possui capacidade processual para reclamar diretamente em um tribunal a violação de seus direitos. Isso, contudo, não retira a possibilidade de o Estado ser responsabilizado pela violação dos direitos humanos. De fato, no sistema da ONU, o indivíduo pode, através de denúncias, reclamar a violação de tratados universais. No sistema interamericano, embora o indivíduo não possa peticionar diretamente à CIDH, existe o mecanismo de representação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, presente no artigo 44.º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por outro lado, (ii) o indivíduo pode ser responsabilizado por crimes tipificados internacionalmente. Até hoje existiram tribunais internacionais *ad hoc*⁴³

³⁹ O TIJ reconheceu essa subjetividade do indivíduo diante o Direito Consular no caso *LaGrand* (1999) e no caso *Avena e Outros Nacionais Mexicanos* (2003); já a CIDH fez esse reconhecimento através da sua competência consultiva nas Opiniões Consultivas n.º 16 (1999) e n.º 18 (2003). Cf. JEISON BATISTA DE ALMEIDA, *A Humanização do Direito Consular à Luz do Instituto da Assistência Consular ao Preso Estrangeiro*, *op. cit.*

⁴⁰ Cf. LUÍSA VIERUCCI, “La tutela di diritti individuali in base alla Convenzione di Vienna sulle Relazioni Consolare: In margine al Caso LaGrand”, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXIV, 2001, pp. 691-696.

⁴¹ Embora a discussão da capacidade processual ativa do indivíduo remontar aos trabalhos preparatórios do Tribunal Permanente de Justiça Internacional.

⁴² Cf. J. G. MERRILLS e A. H. ROBERTSON, *Direitos Humanos na Europa: Um Estudo da Convenção Europeia de Direitos Humanos*, Lisboa, Instituto Piaget, 2001, pp. 340-343.

⁴³ Os tribunais *ad hoc* são transitórios, instituídos *ex post facto* para julgar crimes cometidos em contexto histórico e geográfico determinado.

a julgar indivíduos por crimes internacionais⁴⁴ e há um tribunal permanente: o Tribunal Penal Internacional (TPI). Instituído pelo Estatuto de Roma (aprovado em 1998), o TPI está apto a julgar os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão⁴⁵, conforme previsto pelo n.º 3, do artigo 25.º do seu Estatuto. Segundo Mazzuoli, a “competência do TPI para julgar pessoas físicas deve ser considerada a maior prova de *responsabilidade individual internacional* moderna, reforçando a ideia de que também são sujeitos do Direito Internacional os indivíduos⁴⁶. Por derradeiro, é importante aduzir que mesmo diante de uma persecução criminal internacional o indivíduo é titular de direitos, sobretudo aqueles que garantem o devido processo legal.

Desde a Carta de São Francisco, estamos a testemunhar a expansão e concretização da personalidade jurídica do indivíduo no Direito Internacional, a pôr em questionamento o positivismo-voluntarista e o conceito hegeliano e pós-hegeliano de soberania estatal. A personalidade jurídica do ser humano é a pedra de toque de um Direito Internacional dos Direitos Humanos efetivo e um dos principais fundamentos teóricos do fenómeno de humanização do Direito Internacional. O reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos na cena internacional é um dos principais fatores que encadearam o processo de humanização do Direito Internacional. A atribuição de personalidade jurídica ao indivíduo é então um dos pilares do fenómeno.

Por derradeiro, frisamos: estamos a presenciar um caminhar do ser humano que era renegado às margens do Direito Internacional, merecendo proteção indireta por sua condição de súdito de determinado soberano ao centro da ordem jurídica internacional, passando a ser titular de direitos pelo fato de ter sua inerente dignidade. *Da desimportância e da margem ao centro da ordem jurídica internacional.*

IV. Considerações finais

No presente estudo buscamos evidenciar o processo de formação e desenvolvimento do fenómeno da humanização do Direito Internacional Público. É certo que esse fenómeno é complexo e possui fundamentos de natureza histórica, teórica e filosófica, com profundas raízes nas teorias das Relações Interna-

⁴⁴ E.g. o Tribunal de Nuremberga, instituído em 1945 para julgar os atos cometidos durante a Segunda Guerra Mundial pelos nazistas; e outros dois criados pela ONU em 1993 e em 1994, para julgar, respectivamente, a violação de direitos humanos na antiga Iugoslávia e no Ruanda.

⁴⁵ Sobre o Estatuto de Roma e o TPI, cf. JORGE BACELAR GOUVEIA, *Direito Internacional Penal: Uma Perspectiva Dogmático-Crítica*, Coimbra, Almedina, 2008.

⁴⁶ Cf. VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Curso de Direito Internacional Público*, op. cit., pp. 466-467.

cionais. Neste estudo, iniciamos um labor de sistematização da análise da humanização do Direito das Gentes. Em delimitação do tema, decidimos por traçar o seu fundamento histórico e uns dos principais fundamentos teóricos, qual seja, a atribuição e expansão da personalidade jurídica internacional do indivíduo.

Um novo Direito Internacional está em construção. E no início deste século temos o privilégio de testemunhar e fomentar⁴⁷ essa evolução dos Direito das Gentes. No entanto, para melhor compreendermos esse fenômeno é necessário realizar um trabalho de conhecimento do mesmo, e nesse estudo, damos um primeiro passo, buscando, primeiro, compreender o fundamento histórico que coincide com a nascer do Direito Internacional dos Direitos Humanos no plano internacional e um dos principais fundamentos teóricos (temos a ciência da existência de outros, como a ressignificação do conceito de soberania estatal) que é a atribuição e expansão da personalidade jurídica do indivíduo, e particular importância que sua dignidade assume no sistema de relações internacionais.

⁴⁷ É importante que esse Direito Internacional *humanizado* não reflita práticas pós-coloniais como outrora e que sua construção seja num movimento ascendente (de baixo para cima) a congregar valores dispersos no cenário global.

O COSMOPOLITISMO DE UM MUNDO ESTADOCÊNTRICO

João Cardoso Rosas¹

Os direitos humanos são cosmopolitas ou estadocêntricos²? Por outras palavras, a ideia de direitos humanos aponta para um mundo de estados no qual estes são as unidades morais e jurídicas fundamentais ou será que, pelo contrário, os direitos humanos prefiguram um mundo no qual a unidade moral e jurídica fundamental é o indivíduo, como é apanágio do cosmopolitismo, e os estados têm apenas uma importância secundária? Muitos falam dos direitos humanos como patenteando um ideal puramente cosmopolita, enquanto outros recordam que eles foram concebidos para um mundo de estados. Qual destas duas interpretações é a mais robusta? Neste ensaio, veremos que a resposta a esta questão não é linear e que as respostas lineares estão erradas. Não será possível dizer, taxativamente, que os direitos humanos são os valores de um mundo cosmopolita, nem que eles correspondem apenas a um mundo assente na existência de estados. Os direitos humanos são realmente cosmopolitas, em alguns aspectos, mas o seu cosmopolitismo é aquele que pode prevalecer num mundo que permanece centrado na existência de estados. Aliás, como ficará claro na conclusão, se num mundo totalmente estadocêntrico não haveria lugar para os direitos humanos, também num mundo puramente cosmopolita esses direitos deixariam de fazer sentido. Daí que os direitos humanos configurem, como o título do texto indica, o tipo de cosmopolitismo adequado para um mundo que permanece basicamente estadocêntrico. O objectivo das próximas páginas consiste em dilucidar este aparente paradoxo.

¹ Professor Associado no Instituto de Letras e Ciências Humanas da Universidade do Minho.

² O termo aqui proposto, *estadocêntrico*, significará “centrado nos estados” (tal como teocêntrico significa centrado na divindade, antropocêntrico centrado no homem, etc.).

1. O que são – e não são – os direitos humanos

Queria começar por deixar claro ao que *não* me refiro aqui quando falo de “direitos humanos”.

Não estou a pensar na tradição de direitos ou privilégios de origem medieval e que muitas vezes é associada – erradamente – apenas ao contexto inglês e a documentos como a *Magna Charta Libertatum*, a *Petition of Right*, ou o *Bill of Rights* de 1689.

Também não penso aqui na tradição jusnaturalista moderna, geralmente considerada como fundadora dos direitos do homem no contexto cultural da Ilustração através de autores como Pufendorf ou Locke, por exemplo.

E tampouco penso nas declarações de direitos do homem e do cidadão surgidas no final do século XVIII, nos Estados Unidos e em França, como a Declaração dos Direitos da Virgínia (1776) ou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), consagrando no texto da lei quer os direitos naturais do homem, quer os direitos de cidadania que o pensamento contratualista institui em linha com os próprios direitos pré-existentes em estado de natureza.

Por fim, não penso directamente na tradição do constitucionalismo moderno que, no seguimento das referidas declarações do final do século XVIII, desenvolveu e incluiu em várias constituições nacionais listas extensas de direitos e liberdades.

Embora seja inegável que todas essas contribuições e tradições estão na génese da ideia contemporânea de direitos humanos, esta é melhor compreendida por referência ao documento fundador do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ou seja, a Declaração Universal adoptada pela Assembleia Geral da ONU, reunida em Paris, no dia 10 de Dezembro de 1948.

Como é sabido – e isso foi uma opção debatida e explícita por parte da Comissão de Direitos Humanos da ONU, entre 1947 e 1948 –, a Declaração Universal não é juridicamente vinculante. Ela enuncia princípios que os estados e povos reunidos nas Nações Unidas consideram de especial importância, mas não estabelece obrigações jurídicas para os estados. A Declaração Universal não é um pacto ou convenção internacional. No entanto, foi a partir da Declaração que surgiram os Pactos Internacionais de 1966, sobre direitos civis e políticos e sobre direitos económicos, sociais e culturais, assim como todo o *corpus* do direito internacional dos direitos do homem, ao nível internacional no quadro do “sistema Nações Unidas”, mas também ao nível regional, como é o caso do Conselho da Europa ou da Organização dos Estados Americanos, entre outros. Este ponto é significativo: uma declaração cuja força não é jurídica mas moral acaba por ser determinante para a moderna construção do direito internacional dos direitos humanos. A dimensão moral destes direitos, portanto, não é irrelevante.

No entanto – e este é um erro frequente – a dimensão moral dos direitos humanos no mundo actual não faz deles uma criatura puramente ética e filosó-

fica, por assim dizer. Na construção contemporânea dos direitos humanos existe uma divergência, ou uma “discrepância” como lhe chama James Griffin, entre a filosofia dos direitos humanos e o direito internacional dos direitos humanos³. Este não surge de forma teórico-dedutiva, a partir de uma visão da natureza do homem e da sociedade, mas antes de um modo empírico e em contextos específicos, através de negociações e compromissos. Por isso não devemos confundir o que poderão ser direitos morais da pessoa, filosoficamente justificados, ou direitos naturais deduzidos da natureza do homem e da sociedade, com os direitos humanos tal como foram formulados a partir de 1948.

É claro que podemos considerar que, em última instância, o direito internacional dos direitos humanos se funda no direito natural, ou em direitos morais e intemporais da pessoa humana (como é o caso do mesmo Griffin que considera que os direitos humanos podem, em grande parte, ser gerados a partir da noção de pessoa como agente moral)⁴. Mas, para que seja assim, é depois necessário demonstrar de que forma os direitos humanos afirmados historicamente se relacionam com essa perspectiva dedutiva. Pode bem acontecer, por exemplo, que alguns dos direitos humanos incluídos no direito internacional desde 1948 não devam ser considerados enquanto tais à luz do direito natural. Ou então que há outros direitos que o direito natural engloba e que não foram consagrados internacionalmente.

Mas esta é uma questão tão profunda e difícil que aqui não poderia nem mesmo esboçar os termos em que se coloca, menos ainda uma qualquer solução para ela. Proponho por isso uma suspensão do juízo, uma *epochê*, sobre a relação entre a teoria do direito natural, nas suas diversas formulações, e os direitos do homem no mundo actual. Quero apenas concentrar-me nestes últimos, o que significa adoptar uma perspectiva prática, isto é, uma perspectiva de razão prática e não de razão teórica. Os direitos humanos desde 1948 são sobretudo uma prática que teve um imenso desenvolvimento – moral e jurídico – e é em função dessa experiência, indo ao encontro dela, que se considera aqui os direitos humanos.

2. Modalidades da teoria “política” dos direitos humanos

A perspectiva aqui invocada relaciona-se com os desenvolvimentos mais recentes da filosofia dos direitos humanos. Nos últimos anos surgiu uma nova teoria dos direitos do homem a que se chama “política”, por oposição à teoria

³ Cf. JAMES GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 191 e ss.

⁴ Essa é a ideia central presente na obra citada: cf. JAMES GRIFFIN, *On Human Rights*, *op. cit.*, *passim*.

tradicional que os vincula ao direito natural ou a uma qualquer antropologia filosófica. Esta teoria “política” tem a sua origem no pensamento maduro de Rawls, especialmente em *A Lei dos Povos*, embora não seja compreensível sem referência à obra *Liberalismo Político* e à evolução do pensamento rawlsiano desde meados dos anos oitenta do século XX⁵, mas só foi desenvolvida muito mais recentemente, já no século XXI. Há vários autores que se inscrevem nesta vertente teórica, mas os mais relevantes são provavelmente Joseph Raz e Charles Beitz⁶. Direi algo já de seguida sobre estes dois pensadores. Mas primeiro queria explicar, em traços muito largos, em que consiste esta teoria “política” e por que razão ela é aqui convocada.

Esta teoria olha precisamente para os direitos humanos em termos práticos e tendo em conta a experiência contemporânea. Assim, a teoria considera que os direitos humanos tal como os concebemos hoje *não* são os direitos de todos os homens apenas em função da humanidade, tal como na teoria jusnaturalista ou as teorias tradicionais defendem. Os direitos humanos são apenas os proclamados na Declaração Universal e positivados na ordem internacional, portanto. Aquilo que os distingue não é a sua natureza, ou a sua relação com a natureza humana, mas antes a sua função. De acordo com a teoria “política”, os direitos humanos são princípios que servem para *limitar a soberania dos estados* permitindo que outros estados, organizações de estados e a própria sociedade civil se pronunciem ou pressionem um estado no qual ocorrem importantes violações desses direitos. Se, até meados do século XX, a soberania estatal era uma “caixa negra” na qual ninguém poderia interferir, isso muda radicalmente com a declaração de 1948 e o posterior desenvolvimento dos direitos humanos, especialmente depois dos Acordos de Helsínquia.

Até aqui, esta perspectiva coincide com aquela que eu proponho. No entanto, queria fazer uma distinção entre o que é defendido por Raz e a visão de Beitz. Para este último, tal como eu o compreendo, os direitos humanos apenas requerem o fundamento da razão pública internacional. Ou seja, os direitos humanos não têm de remeter para uma fundamentação filosófica tradicional do género da que é fornecida pela teoria dos direitos naturais subjectivos. A sua ancoragem numa ideia de razão pública internacional pode ser concebida da mesma forma que John Rawls pensou a justificação da sua concepção de “justiça como equidade” para o domínio doméstico, a partir da cultura pública das sociedades liberais e num exercício de construtivismo político controlado pelo método do equilíbrio reflectido (a constante comparação entre os nossos juí-

⁵ Cf. JOHN RAWLS, *The Law of Peoples*, Cambridge, 1999; IDEM, *Liberalismo Político*, Lisboa, Presença, 1997 (1.ª ed., em inglês, 1993).

⁶ Cf. JOSEPH RAZ, “Direitos humanos sem fundações”, in João Cardoso Rosas (org.), *Novas Direções na Filosofia dos Direitos Humanos*, Braga, Húmus, 2014, pp. 35-64; CHARLES BEITZ, *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

zos ponderados e os princípios abstractos). No caso dos direitos do homem em Beitz, o ponto de partida da razão pública são os interesses humanos que consideramos, a nível internacional e no contexto pós-48, mais importantes e urgentes. Os direitos humanos visam proteger esses interesses na ordem internacional e também ao nível interno dos estados.

Diferentemente de Beitz, Raz não põe totalmente de lado aquilo que aquele chamaria as teorias naturalísticas dos direitos humanos. O que Raz considera, juntando aqui o seu pensamento ao de Beitz, é que a realidade dos direitos humanos no plano internacional é separada das teorias filosóficas. No entanto, Raz admite que, se quisermos saber quais são os direitos humanos que estão plenamente justificados, podemos e devemos remeter para a fundamentação tradicional num qualquer conceito de pessoa e nos direitos que consideramos decorrerem daí.

Em suma, a visão de Raz abre a possibilidade de recolher os contributos das teorias naturalísticas, embora insistindo na ideia de que os direitos humanos, no contexto contemporâneo, são de uma outra natureza e não requerem em si mesmos, ou em primeira instância, uma fundamentação mais profunda do que aquela que é providenciada pela prática da moral e do direito internacional. Já no caso de Beitz, a dimensão fundacionalista clássica parece simplesmente posta de parte e sem interesse em particular.

Aqui não precisamos de escolher entre estas duas visões dentro da teoria política dos direitos humanos. Apenas temos de nos ater à visão prática desses direitos enquanto parte da cultura moral e jurídica contemporânea, pelo menos desde 1948.

3. Os direitos humanos à contraluz do *ius cosmopolitanum* kantiano

Pois bem, partindo dos direitos humanos assim entendidos, apelando especialmente à prática desses direitos – moral e legal – e não directamente às teorias filosóficas naturalísticas ou quaisquer outras de tipo fundacionalista, cabe perguntar se eles têm então um carácter cosmopolita ou um carácter estadocêntrico, se eles configuram uma ordem internacional cosmopolita, ou antes uma ordem internacional baseada apenas na existência de estados soberanos.

Falamos aqui do cosmopolitismo em termos morais e jurídicos. Trata-se de um “cosmopolitismo sobre a justiça”, portanto, não de um “cosmopolitismo sobre a cultura”, para usar a conhecida distinção de Samuel Scheffler⁷. Neste cos-

⁷ Cf. SAMUEL SCHEFFLER, *Boundaries and Allegiances*, Oxford, Oxford University Press, 2001, cap. 7.

mopolitismo moral e legal, um cosmopolitismo que diz respeito à interacção entre os indivíduos assim como às instituições jurídicas, a ideia central é a de que a unidade primeira ou fundamental da ordem internacional é o indivíduo humano e não o estado ou a sociedade como um colectivo. Para o cosmopolitismo, a igualdade de todos os seres humanos, independentemente dos estados ou colectivos a que pertencem, é o valor primordial.

O contrário deste cosmopolitismo é a ideia de que a unidade fundamental da ordem internacional são os estados, ou então os povos, ou mesmo as nações, mas não primariamente os indivíduos. Se, por exemplo, a ordem internacional for vista como devendo assentar na soberania não discutida dos estados, se ela for puramente estadocêntrica como no paradigma Westfaliano, então o cosmopolitismo não tem razão de ser. Neste caso, os interesses dos indivíduos iguais podem ser sobrelevados pelos dos estados ou entidades colectivas em que se integram.

Mas mais do que colocar a questão de forma geral, será talvez proveitoso voltar a Kant e colocar a questão nos termos do pensador de Königsberg, geralmente considerado a principal fonte do cosmopolitismo moral e jurídico moderno⁸. Se quisermos usar a linguagem e os conceitos kantianos, a questão consiste em saber se os direitos humanos podem constituir a substância do *ius cosmopoliticum* ou se, pelo contrário, eles ordenam uma esfera internacional exclusiva ou basicamente assente na existência de estados.

A exigência geral de uma justiça cosmopolita em Kant pode ser entendida por analogia entre os estados na esfera internacional, por um lado, e os indivíduos em estado de natureza, por outro lado. Neste sentido, a sugestão de Kant na *Metafísica dos Costumes* (secção sobre “Direito Cosmopolita”) é a de que a interacção (*commercium*) entre os indivíduos em estado de natureza, a proximidade de uns em relação aos outros, conduz ao dever de formar uma condição civil, um estado no qual os seus direitos sejam respeitados. Da mesma forma, as nações estão próximas umas das outras e interagem ou estabelecem comércio entre si na esfera internacional – por isso os estados têm o dever de criar uma ordem legal entre eles, o que passa, como veremos já de seguida, pela existência de um direito das gentes e de um direito cosmopolita.

Na *Paz Perpétua*, Kant formula três princípios para a justiça internacional a que chama “Artigos Definitivos da Paz Perpétua”. O primeiro refere que a constituição civil de cada estado deve ser republicana (*i.e.*, representativa e com separação entre executivo e legislativo). O segundo estabelece que o direito das nações deve ser baseado numa federação de estados livres, ou seja, algo parecido com uma constituição civil que permite que os direitos das nações sejam respei-

⁸ Para este ponto utilizei as seguintes edições da *Paz Perpétua e da Metafísica dos Costumes*: IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua e Outros Opúsculos*, Lisboa, Edições 70, s/d; IDEM, *The Metaphysics of Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

tados, mas sem conduzir à criação de um estado internacional. O terceiro princípio requer que o direito cosmopolita seja restrito às condições da hospitalidade universal, *i.e.*, ao direito de um estrangeiro ser tratado com hospitalidade e não com hostilidade no território de um outro estado.

Note-se que isto implica, para além da constituição civil e da lei civil de cada estado, dois tipos de lei internacional: o direito das gentes, que diz respeito à relação entre os estados; e o direito cosmopolita que concerne aos estados nas suas obrigações face aos indivíduos, tendo por conteúdo o já referido dever universal de hospitalidade. (Em ambos os casos parece que não se trata de direito natural; Kant considerava que só existia um direito natural, o direito à liberdade – mas isso, na concepção aqui apresentada, não tem nada a ver directamente com os direitos humanos em termos práticos.)

Assim, o direito cosmopolita não abole a diferença entre cidadãos e não-cidadãos, mas acrescenta um estatuto legal a nível internacional a todos os indivíduos igualmente considerados. Apesar do seu conteúdo restrito, este direito cosmopolita é profundamente inovador no tempo de Kant uma vez que limita a soberania dos estados ao estabelecer obrigações em relação aos estrangeiros que estejam no seu território (e, portanto, direitos para os indivíduos em termos universais).

A sugestão que gostaria de deixar aqui é que os direitos do homem na visão correspondente à prática do direito internacional do pós-guerra acima delineada podem ser vistos, em parte ou de uma certa perspectiva que especificarei já de seguida, como uma extensão do conteúdo do *ius cosmopoliticum* kantiano. Com efeito, o direito internacional dos direitos do homem tem algumas características gerais que os juristas costumam salientar como diferenças em relação a outros *corpus* de lei e que se enquadram perfeitamente no conceito de *ius cosmopoliticum* de Kant, a saber: o facto de não se ater à soberania dos estados e de a limitar; o facto de não seguir a separação estrita entre a lei e a moral a que aspiram outras áreas do direito; o facto de não requerer uma hierarquia estabelecida de instituições que o aplicam, como no caso do direito ao nível interno dos estados.

No entanto, o conteúdo do direito internacional dos direitos do homem é extraordinariamente mais lato e complexo do que o simples instituto jurídico da hospitalidade universal. Há aspectos do direito internacional dos direitos do homem que podem ser aproximados do instituto da hospitalidade em Kant, assim como outros que dele se afastam no que concerne à sua natureza distintamente cosmopolita. Este ponto convida-nos a desagregar esse imenso corpo normativo e de doutrina que constitui o direito internacional dos direitos humanos e a distinguir entre direitos que têm um sentido mais claramente cosmopolita, e outros que permanecem mais claramente estadocêntricos.

4. O conteúdo dos direitos

Pensemos em alguns exemplos a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem (mas que podem ser facilmente encontrados noutras declarações e tratados). Por exemplo, os primeiros dois artigos da Declaração Universal, os mais genéricos, afirmando que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (artigo 1.º) e que “todos têm os mesmos direitos e liberdades ... sem qualquer distinção de nenhum tipo”, incluindo o país ou território de pertença (artigo 2.º) são claramente cosmopolitas porque referidos aos indivíduos independentemente dos estados. O mesmo pode ser dito de alguns dos artigos mais importantes respeitantes a direitos-liberdades, como por exemplo o artigo que proíbe a escravatura e a servidão (artigo 4.º), ou o que interdita a tortura (artigo 5.º). Também estes artigos visam proteger o indivíduo e alguns dos seus interesses básicos sem fazerem apelo a nenhuma jurisdição em particular.

Já, por exemplo, o artigo 7.º, que refere que todos são iguais perante a lei, ou o artigo 8.º, que considera que todos têm direito ao recurso a tribunais nacionais competentes em relação a actos que violem direitos fundamentais outorgados pela Constituição e pela lei, só são compreensíveis e efectivos no quadro de jurisdições nacionais, tendo em atenção a lei constitucional e civil de cada comunidade política. Fora do Estado não seriam exequíveis e nem sequer teriam sentido.

Para regressar agora a uma exemplificação de direitos distintamente cosmopolitas, mas neste caso muito mais específicos, pode referir-se o direito, consagrado no artigo 14.º, a procurar e obter asilo noutra país quando vítima de perseguição política. O artigo 13.º consagra o direito a deixar qualquer país e a regressar ao seu país de origem, o que é também um princípio cosmopolita centrado no indivíduo. Mas mais cosmopolita seria se consagrasse também o direito a entrar em qualquer país (não apenas em sair) – o que não acontece na Declaração de 1948 nem no direito internacional dos direitos humanos em geral.

Se pensarmos agora nos direitos sociais, económicos e culturais consagrados entre os artigos 22.º e 27.º, voltamos a direitos que têm um sentido não cosmopolita, nacional, já que, logo no artigo 22.º, que serve como introdução a esta parte da Declaração, se diz que estes direitos se devem realizar através de esforço nacional e cooperação internacional, mas “de acordo com a organização e recursos de cada estado”. A mesma propensão estatal dos direitos humanos, aliás, está presente no artigo 21.º, referente aos direitos políticos, onde se salienta que todos têm o direito a participar, directa ou indirectamente, no governo do seu país e não se contempla qualquer modalidade de participação política além-fronteiras.

Julgo que esta breve exemplificação é suficiente para mostrar que, no que se refere ao conteúdo, o direito internacional dos direitos do homem é, em parte, cosmopolita no sentido do *ius cosmopolitanum* kantiano e, também em parte, centrado no estado e não cosmopolita.

No entanto, não bastará constatar que alguns direitos humanos têm uma feição e implicações cosmopolitas enquanto outros requerem uma visão estadocêntrica da ordem internacional. Não basta dizer que há aspectos cosmopolitas e outros estadocêntricos na Declaração Universal e no direito internacional dos direitos humanos em geral. A verdade é que a Declaração Universal e o direito internacional dos direitos do homem devem ser vistos como um todo. Os diferentes direitos complementam-se e a visão oficial das Nações Unidas sobre a relação entre os diferentes direitos é a “doutrina da indivisibilidade”, segundo a qual os direitos se sustentam mutuamente e têm o mesmo grau de importância, não sendo possível invocar uns para limitar ou cancelar outros. Assim, é o próprio corpo do direito internacional dos direitos humanos que é, ao mesmo tempo, cosmopolita e estadocêntrico – mas este ponto merece maior ponderação e voltarei a ele adiante, na conclusão desta exposição.

5. Os sujeitos dos deveres

Antes disso, queria frisar que a questão central deste ensaio pode ser respondida olhando ao conteúdo específico dos direitos humanos, mas também mediante um exame mais geral sobre quem se considera ser o detentor dos deveres relativos aos direitos humanos.

Note-se que, porque a Declaração Universal foi pensada para uma ordem internacional de estados, os primeiros detentores desses deveres são os próprios estados, mesmo quando os direitos em si são de tipo cosmopolita. No entanto, se quisermos conferir ao direito internacional dos direitos humanos um sentido mais cosmopolita também quanto às entidades detentoras dos deveres correlatos a esses direitos, então podemos recordar que a evolução do direito internacional dos direitos do homem vai no sentido de permitir a apresentação de queixas individuais a entidades não estatais, como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ou mesmo, mais recentemente, o Conselho de Direitos Humanos da ONU. Isso significa que estas e outras entidades têm a possibilidade e o dever de promover os direitos do homem.

Argumentando contra concepções práticas e mais estadocêntricas como a de Beitz (por ser estadocêntrica, não por ser prática), Cristina Lafont considera que a comunidade internacional tem especiais responsabilidades na protecção e realização dos direitos humanos não apenas através dos estados mas também mediante a acção de actores não estatais como a OMC, o Banco Mundial e o FMI⁹. Não se trataria apenas de assegurar que este tipo de instituições não tem

⁹ Cf. CRISTINA LAFONT, “Responsabilidad, inclusión y gobernanza global: Una crítica de la concepción estatista de los derechos humanos”, in *Isegoria*, n.º 43, Julho/Dezembro de 2010, pp. 407-434.

um impacto negativo para os direitos humanos (o dever de não causar dano, especialmente defendido por Thomas Pogge¹⁰), mas também de garantir na sua própria constituição e no mandato que lhes cabe, para além do mero respeito dos direitos humanos, a sua protecção e realização efectiva à escala global.

Mas note-se ainda que Lafont, mas também autores como Beitz e Pogge, parecem ter todos uma concepção sobretudo institucional dos direitos humanos. Ou seja, eles consideram que as obrigações associadas a esses direitos cabem antes de mais às instituições, incluindo aqui os estados, na visão mais estadocêntrica de Beitz, mas também as instituições internacionais, na visão mais cosmopolita de Pogge (que espera que as instituições internacionais não causem dano aos direitos humanos) ou de Lafont (que espera que as instituições internacionais os promovam). Pode talvez inferir-se, portanto, que para todos eles as obrigações individuais serão apenas diferidas, ou indirectas, consistindo no dever em pressionar os estados e organizações internacionais para que cumpram *standards* de direitos humanos.

Porém, nada na visão aqui apresentada obsta a que os direitos humanos possam também ser encarados como algo que os indivíduos por si mesmos e de forma directa possam promover. Tendo um carácter simultaneamente jurídico e moral, os direitos humanos podem também apelar à acção individual, para além da acção institucional. O cosmopolitismo impuro que eles contêm apela aos estados e outras instituições e ao seu influxo na ordem internacional, mas igualmente aos indivíduos que são cidadãos de um estado mas que se considerem também, em termos morais, “cidadãos do mundo”. Também para o ser humano individual os direitos humanos são estadocêntricos, porque remetem para a acção de cada um enquanto cidadão de um estado particular que pode influir na ordem internacional, e cosmopolitas, porque fazem referência ao homem independentemente do estado ou da própria “estrutura básica” internacional.

6. Sumário e conclusões

Passo agora a sumariar e concluir o meu argumento.

Parti da questão sobre o carácter cosmopolita ou estadocêntrico dos direitos humanos. Queria inquirir sobre se esses direitos são efectivamente uma coisa ou a outra, assim como se ser uma coisa ou a outra é o mais ajustado à sua natureza e função no sistema internacional.

A concepção de direitos humanos aqui adoptada foi a chamada “concepção política”, mas a que poderíamos chamar também concepção prática, ou até

¹⁰ Nomeadamente em: THOMAS POGGE, *World Poverty and Human Rights*, Cambridge, Polity, 2002.

funcionalista, dos direitos humanos. Para especificar a visão cosmopolita adotada por contraste com a visão estadocêntrica sugeri um cosmopolitismo da justiça, moral e jurídico, interpessoal e institucional também, mas referido mais especificamente ao pensamento kantiano.

Assim, a interrogação inicial sobre o carácter estadocêntrico ou cosmopolita dos direitos humanos transformou-se na pergunta: corresponderão os direitos humanos, tal como existem desde 1948, a uma espécie de conteúdo alargado do *ius cosmopolitanum* de Kant, ou será que a concepção existente na prática dos direitos humanos está centrada no estado e cabe apenas aos estados cumprir e fazer cumprir esses direitos?

Para intentar uma resposta recorri quer a uma exemplificação da análise de conteúdo desses *direitos*, quer à reflexão sobre quem são os detentores dos *deveres* que correspondem a esses direitos, incluindo aqui instituições e indivíduos.

Em termos tentativos, é possível adiantar as seguintes conclusões:

- 1) Os direitos humanos entendidos como direitos legais e morais, tal como deverão ser hoje entendidos na sua prática efectiva são, ao mesmo tempo, cosmopolitas e estadocêntricos. Eles dificilmente poderiam ser pensados e implementados sem a existência de estados, mas por outro lado têm também dimensões cosmopolitas que não podem ficar limitadas ao papel dos estados na ordem internacional. A questão que enunciámos no início do texto, portanto, não deve ser respondida com uma disjunção exclusiva, mas antes com uma disjunção inclusiva.

Não podemos dizer que os direitos humanos são ou estadocêntricos, ou cosmopolitas. Mas tampouco podemos afirmar que eles são sempre, em todos os seus conteúdos e obrigações, estadocêntricos e cosmopolitas. Renunciando quer à disjunção exclusiva quer à conjunção, resta pensar em termos de uma disjunção inclusiva, segundo a qual os direitos humanos tal como existem hoje são cosmopolitas em termos kantianos e/ou estadocêntricos, já que cada um desses aspectos coexiste e é condição da existência do outro, ainda que essa coexistência encerre tensões permanentes pois é difícil fazer coincidir num mesmo corpo de lei e de moral princípios que são opostos (mas não contrários, em termos lógicos).

- 2) Em segundo lugar, podemos talvez ir um pouco mais longe na mesma linha e sugerir, em consonância com Raz¹¹, que não haveria lugar para os direitos humanos num mundo sem estados. Se existisse um estado

¹¹ Cf. JOSEPH RAZ, "Direitos humanos sem fundações", *op. cit.*

global com direitos fundamentais garantidos, eles seriam certamente os direitos do cidadão desse estado global em particular, mas não seriam os direitos humanos tal como os conhecemos hoje em dia, num mundo de estados, no qual eles servem para limitar, mas não abolir, a existência desses mesmos estados. Mas também deveríamos recordar que, num mundo de estados soberanos, também não haveria lugar para os direitos humanos, tal como acontecia antes de 1948, quando, como alguns dizem, a soberania estatal era considerada intocável. Ou seja, os direitos humanos são o cosmopolitismo de um mundo com estados. Eles não são o cosmopolitismo de um mundo cosmopolita nem simples acomodações dos estados num mundo estadocêntrico.

- 3) Finalmente, se aceitarmos que os direitos humanos são, ao mesmo tempo, cosmopolitas e estadocêntricos, que eles em parte expandem o *ius cosmopolitanum* mas por outro lado compatibilizam-no com a soberania estatal, limitando-a apenas em alguns pontos, então talvez possamos dizer que a ideia de direitos humanos na actualidade permanece, apesar do seu carácter mesclado, alinhada com o espírito geral da reflexão kantiana. Também para Kant o cosmopolitismo coexiste com os estados na ordem internacional, apenas exigindo que estes ganhem forma republicana e se relacionem entre si de acordo com o direito. Kant faz coexistir a ordem cosmopolita com a permanência de estados soberanos republicanos. Ora, se não me engano, essa será também a ideia e o ideal-limite daquilo a que chamamos hoje “direitos humanos”.

DEMOCRATIC STANDARDS FOR EDUCATION

*Lúisa Neto*¹

ABSTRACT: The article discusses the nowadays importance of education for democracy and citizenship as a way of building or reinforcing a sense of belonging in a democratic and pluralist society. Legitimacy and constitutional identity are also addressed issues.

KEYWORDS: Citizenship, Constitution, Democracy, Education, Identity

I. Overall background

The 10th anniversary of the Masters in Human Rights of the University of Minho provides an overall opportunity to reflect upon the most striking tendencies on the reinforcement of human rights and, most of all, of the state of law in itself.

Given this broad framework, we are most sure that education for citizenship and education for human rights are ways of revisiting the “social contract” doctrines and, therefore, discussing the democratic standards for education is indeed a way of building or reinforcing a sense of belonging in a democratic and pluralist society.

1. The constitutional framework

Gomes Canotilho teaches us that the “structured reading” of the Constitution requires attention to intertextuality: “its «gravitation» is not a singular

¹ Professora da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

rotation movement around itself, but rather a gesture of translation before other galaxies of human knowledge”².

The understanding of the constitutional rule requires the prune of the “constitutional memories” that we all carry³, especially because “Constitutional Law, like any human social practice, has its fashions” and this allows us “to test the constitution [in] its interaction with other social subsystems such as the economic system, the social system and the cultural system”⁴.

The need for the human embeddedness in social spaces requires the design of normative constitution as a principles-based model to be tested in solving real problems⁵. This is also the lesson of Gomes Canotilho, who stresses the interconstitutionality and interparadigmaticity as the foundational paradigms of our times⁶. In the same sense, José Acosta Sánchez recalls: “Constitutions are not fossils nor are petrified, even when their date of enactment is far [as with the Constitution of the United States of America, 1787]”⁷.

We cannot truly separate in effective terms the real understanding of the Constitution and the problem of legitimacy to be necessarily understood in its various strands: “democratic, constitutional and *de facto* legitimacy”⁸. It is therefore in this sense that nowadays must be addressed the Constitution theory fundamental problems listed by Gomes Canotilho: inclusion, reference, reflexivity, universalization, realization of the right and reinvention of the territory⁹.

“We talk about constitutional State, which clearly points to the Constitution as the foundation and dome of the legal system. Clearly it can also be called rule of law, since the entire State is all subject to the law and increases its scope: this is, so to speak, the state limited *par excellence*”¹⁰.

It is impossible to neglect the problem analysis of natural law in contemporary thought, even to formal and real personalisms and transpersonalisms¹¹,

² See J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7th ed., 9th reprint, Coimbra, Almedina, 2011, p. 19.

³ See J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 27.

⁴ See J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 25.

⁵ See J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 1176.

⁶ See J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, pp. 1428-1429.

⁷ See J. A. SÁNCHEZ, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la Democracia Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 13.

⁸ See J. A. SÁNCHEZ, *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la Democracia Constitucional*, *op. cit.*, p. 139.

⁹ See J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, pp. 1347-1354.

¹⁰ See JORGE MIRANDA, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, reprint (1st edition 1967), Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 35.

¹¹ See P. SOARES MARTÍNEZ, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 25.

such as those of Mussolini or Hobbes, to whom the State would be the absolute to which man tends naturally.

In fact, even in today's complex society, "democracy, constitutionalism and human rights, rule of law" are subject to a general sudden consensus¹². We therefore come upon the rule of law treated by Troper as an inevitable intelligibility formula, although it must be reiterated that "in any case, even in its minimal version, the rule of law is desirable, because it is regarded as a guarantee of freedom and democracy"¹³.

2. The natural refraction of the democratic principle

"Democracy can be said in many ways", writes Carlos Leone¹⁴. And the concept covers twenty-five centuries throughout several political realities, including not negligible differences¹⁵.

It is clear that even if refusing the "elite democracy" presented by Schumpeter, or an instrumental purpose that merely seeks the seduction of an apathetic electorate¹⁶, the myriad of possible understandings does not truly leads back to positive justification of democracy anchored in the traditional Lincoln formula – government "of the people", "by the people" and "for the people"¹⁷. Instead, those possibilities impose the distinction, systematized by Gomes Canotilho, between the consideration of democracy as a normative legal rule¹⁸, as a normative principle and as a basic principle of the State and society.

"Democracy is only in the hearts of people if it responds to social, economic and cultural concerns"¹⁹. This is true even if we keep away from a skeptical attitude about a merely nominal or semantic democracy. If this would not be the case, and despite the apparent moment of triumph of pluralist democracy as the

¹² See M. TROPER, "Le concept de l'État de Droit", in *Droits*, vol. 15, 1992, p. 51; J. COHEN, "Moral pluralism and political consensus", in David Copp, Jean Hampton e John E. Roemer (eds.), *The Idea of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, pp. 270-271.

¹³ See M. TROPER, "Le concept de l'État de Droit", *op. cit.*, pp. 58-59, 61, 63.

¹⁴ See C. LEONE, *O Essencial sobre Democracia*, Lisbon, INCM, 2008, p. 9.

¹⁵ See R. A. DAHL, *Democracia*, Lisbon, Temas e Debates, 2000; G. SARTORI, *La Democracia en Treinta Lecciones*, Madrid, Taurus, 2009.

¹⁶ See R. A. POSNER, *Law, Pragmatism and Democracy*, Massachusetts, Harvard University Press, 2003, pp. 15-16.

¹⁷ See J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 287.

¹⁸ See J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, pp. 289-291.

¹⁹ See M. F. PLATTNER (ed.), *The Democratic Invention*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2000, pp. xi-xiv; D. ZOLO, *Democracy and Complexity: A Realist Approach*, reprint, Cambridge, Polity Press, 2003.

only political principle of viable systems”²⁰, this scheme turns fragile and imperatively requires, paradoxically, the need for (re)inventing democracy²¹.

Economic conditions of democratization must also be considered: democracy presupposes a certain level of economic development; conversely the complexity of economic development rejects the authoritarian context and demands democratic institutions²².

The specific context of the *welfare state* as (perhaps) the final phase of the Constitutional State makes it clear that a political society, to exist and survive, must satisfy the “functional imperatives of the social system” that Parsons talks about, appealing again to the concept of consensus that we talked about before²³. One such concept relates very clearly the question of justice with the conditions of political communication in our societies. In fact, the “*rapprochement* between a theory of action and philosophy of language opened the way to political relevance and ethics of social interactions in the world of everyday life”²⁴.

The essential point is therefore to bring to the discussion the “communication consensus” normative and critical dimension that postulate that “the absence of coercion, the establishment of equal conditions for debate and public communication and mutual recognition of validity claims made by the social agents” as conditions of their realization. The new paradigm of rationality is not substantive but discursive: thematizes not the content but the form of argumentative procedures²⁵. It is in this sense that the ability to achieve general consent emerges as a condition of legitimacy²⁶.

²⁰ See M. F. PLATTNER (ed.), *The Democratic Invention*, op. cit., p. 3.

²¹ See M. F. PLATTNER (ed.), *The Democratic Invention*, op. cit., p. xiv; R. A. POSNER, *Law, Pragmatism and Democracy*, op. cit., p. 8.

²² See J. M. MARAVALL, “The outcomes of democracy”, in *Jean Monnet Chair Papers*, no. 36, 1996, pp. 8-10.

²³ See D. LLOYD, *The Idea of Law, A Repressive Evil or Social Necessity?*, London, Penguin Books, 1991 (1st edition 1964); N. LUHMANN, *The Differentiation of Society*, New York, Columbia University Press, 1982, pp. 138-139; G. TEUBNER, *O Direito como Sistema Autopoietico*, Lisbon, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

²⁴ See J. C. CORREIA, *Comunicação e Deliberação Democrática: Algumas Reflexões*, Universidade da Beira Interior, no date, retrieved at www.bocc.ubi.pt.

²⁵ See J. C. CORREIA, *Comunicação e Deliberação Democrática: Algumas Reflexões*, op. cit.

²⁶ See J. HABERMAS, *Time of Transitions*, Cambridge, Polity Press, 2006, p. 125; J. F. SEGOVIA, *Habermas y la Democracia Deliberativa: Una “Utopía” Tardomoderna*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 75.

3. Legitimacy and communicational mediation

We do not intend to focus on the conflict between instrumental and communicative rationality, but rather realize that knowledge and culture are forms of mediation in what concerns the public communication system²⁷.

The technicality of positive law corresponds to an evolutionary process of rationalization that Weber identifies as leading to the formalization of law²⁸. However that evolution cannot produce a radical break between law and culture submitting these to the vortex of pure technical rationality²⁹. This is even more so, within the notion of material constitution that “finds no echo in a logicist treatment of law”³⁰.

The specific constitutional problem is the fact that after the technical and legal artifices of the State of bourgeois (liberal) law, based on specific socio-political assumptions, the rational construction of the democratic constitutional State did not have the same success: either we return to liberal *instrumentarium*, or we aim at a “concrete utopia”, neglecting the problems of a “temporally appropriate constitution”³¹.

With the purpose of socio-constitutional harmonization Habermas lists:

- i) Basic rights (regardless of the actual content) resulting from autonomous development of equal freedom of action of each person;
- ii) Basic rights (regardless of the actual content) resulting from development autonomous status of members of a voluntary association society;
- iii) Basic rights (regardless of the actual content) resulting from autonomous development of the right to equal protection under the law³²; but also adds basic rights (regardless of the actual content) resulting from

²⁷ See G. DELANTY, *Social Theory in a Changing World: Conceptions of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1999, p. 5.

²⁸ See K. ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Lisbon, Fundação Calouste Gulbenkian, 1964; W. N. HOHFELD, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, As, 1968; K. POPPER, “What can logic do for philosophy?”, in *Aristotelian Society*, vol. XXII, 1948; A. CASTANHEIRA NEVES, “A redução política do pensamento metodológico-jurídico (Breves notas críticas sobre o seu sentido)”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, special edition *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Queiró*, 1993, pp. 393-447.

²⁹ See J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, reprint, Coimbra, Almedina, 1985, pp. 333, 359; N. BOBBIO, *El Tiempo de los Derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

³⁰ See MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e Reserva da Lei*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1992, p. 152.

³¹ See J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, pp. 9, 11, 15, 23, 25.

³² See J. HABERMAS, *Time of Transitions*, *op. cit.*, p. 125.

the autonomous development of the right to equal opportunities for participation in the drafting of the process of law itself³³.

This proposal shows that the democratization process is not a new kind of democracy, but rather extends the sphere of political relations – in which the individual is considered in its role as citizen – to the sphere of social relations – that considers the individual according to the variety of their status. Thus, from the ideal model of a centripetal democratic society, we inherited a centrifugal society. Therefore, the progress of democratization, as Bobbio diagnoses, should refer not so much to the passage of representative democracy to direct democracy, but focus on to the passage of political democracy to social democracy³⁴.

“[O]nly during the advent of democracy throughout the modern era [the idea of equality of all men] is introduced in the uses guiding everyday attitudes, commanding the usual ways of thinking and feeling, in short: becoming life principles in society and simultaneously acquiring their proper democratic sense”³⁵. In fact, if the idea of democracy – obvious since the nineteenth century – implies the concept of communication between state and society, presented by Durkheim as necessary to the cohesion of the social body, the bond of unity anchored in a common practice³⁶ that Habermas claims justifies equalized conditions³⁷. This public space offered by Habermas supports a type of deliberative democracy that “arises from a conception of politics as deliberation, which could be explained as a process of self-understanding of citizens as participants in a linguistic community in an ongoing dialogue”³⁸.

II. The proposals

1. Recognition rules

The Portuguese Constitution, in its Article 43, paragraph 2, prohibits the State to program on education and culture according to any philosophical, aes-

³³ See J. HABERMAS, *Time of Transitions*, *op. cit.*, p. 126.

³⁴ See J. A. SABATER (coord.), *Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo Actual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

³⁵ See R. LEGROS, *O Advento da Democracia*, Lisbon, Instituto Piaget, 2001, pp. 8-9.

³⁶ See J. HABERMAS, *Time of Transitions*, *op. cit.*, p. 123; L. C. PINTO, “Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Juridica*, vol. 7, 1994.

³⁷ See R. LEGROS, *O Advento da Democracia*, *op. cit.*, p. 369.

³⁸ See J. F. SEGOVIA, *Habermas y la Democracia Deliberativa: Una “Utopía” Tardomoderna*, *op. cit.*, p. 15.

thetic, political, ideological or religious guidelines. Let us clarify, however, with Jorge Miranda and Rui Medeiros, that this “means that public education is not identified with any religion, belief, philosophy or ideology, but does not mean that religions, convictions, philosophies or ideologies should not be expressed in public education[.] The Constitution intends to avoid the uniqueness of state doctrine but not to [avoid] the presence of religion, philosophy, aesthetic ideology in schools”³⁹. Incidentally, and in this sense, points the obligation under paragraph 2 of Article 73 of the same fundamental law, stating that “the State shall promote the democratisation of education and the other conditions needed for an education conducted at school and via other means of training to contribute to equal opportunities, the overcoming of economic, social and cultural inequalities, the development of the personality and the spirit of tolerance, mutual understanding, solidarity and responsibility, to social progress and to democratic participation in collective life”.

But how can the pluralistic contexts be explained in education and conveyed by the transmission of knowledge? In this sense, the theory of the constitution is not confined to a discovery task of political and constitutional problems but rather requires the institutionalization of management and control systems legitimacy. The solution is to turn constitutional legitimacy into a double pattern, both constitutive and declarative and as a project that accounts the foundational act as a continuous process throughout generations⁴⁰.

It is José Joaquim Gomes Canotilho that hypothesizes: “the question is whether the refunding of the State in terms of rule of law does not presuppose a culture, a political and a legal-cultural environment through long time processes of socialization and acculturation”⁴¹.

It is not clear how to achieve pedagogy around this “symbolic expression” and this “ritual behavior”⁴². But the human being’s social reality presupposes historically “established” institutions and the transmission of institutional rules from one generation to another. In this way, typified and usual conduits convert into historical institutions and reinforce and internalize their objectivity⁴³.

This relationship between pragmatism and democracy is highlighted by Richard Posner⁴⁴, who reminds us that the disregard of democracy is not only a visible feature of the earlier discussions of legal pragmatism and/or legal theory

³⁹ See J. MIRANDA & R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 459.

⁴⁰ See J. HABERMAS, *Time of Transitions*, *op. cit.*, p. 115.

⁴¹ See J. J. GOMES CANOTILHO, *Estado de Direito*, Lisbon, Gradiva, 1999, p. 17.

⁴² See J. HABERMAS, *Time of Transitions*, *op. cit.*, pp. 53-70.

⁴³ See J. J. GOMES CANOTILHO, *O Tempo Curvo de uma Carta Fundamental ou o Direito Constitucional Interiorizado*, Porto, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2006.

⁴⁴ See R. A. POSNER, *Law, Pragmatism and Democracy*, *op. cit.*, p. 2.

but of the legal theory in general, since the legal professionals tend to take democracy for granted or look at it as an obstacle, as many rights are rights against a democratic majority⁴⁵.

The focus on today's citizenship, more than mere acceptance or rejection of personal links, is intended to reinforce fidelity to values of fundamental order. However, the artificial nature of any constitutional democracy makes the support of a political culture even more difficult.

In fact, and remembering Hart, we can come to the conclusion that there are two possible sources of authority for a rule:

- i) A particular standard may become mandatory for a group of people because through their practices the group accepted it as the standard of their conduct;
- ii) A rule can also become mandatory in a different way, namely by being applied in accordance with a secondary rule that stipulates that the rules drawn up in accordance with a given *iter* should be mandatory.

We recall the distinction of Hart as follows: a rule can be mandatory because it is accepted (i), or because it is valid (ii).

2. The legal construction of an identity

In the work *Épistémologie des Sciences de l' Homme*, Jean Piaget stated that social sciences – *maxime* legal sciences – occupy a very special position given the fact that they do not verify a pre-existing relationship⁴⁶ (Edelman, 1991, CastanheiraNeves, 1968) but fall within a separate category that is the one of “ought”⁴⁷.

The diversity of heterogeneous societies – nowadays defined not by the existence of a plurality of social classes, but by ethnic and/or multicultural societies⁴⁸, is sometimes perceived as an opportunity but can also threaten to create tension⁴⁹. At least we must recognize at last that the legal preference for democracy to is a non neutral ethical minimum.

⁴⁵ See J. REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

⁴⁶ See B. EDELMAN, “Le droit, les vraies sciences et les fausses sciences”, in *Archives de Philosophie du Droit*, vol. XXXVI, 1991; A. CASTANHEIRA NEVES, “O papel do jurista no nosso tempo”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 44, 1968.

⁴⁷ See JEAN PIAGET, *Épistémologie des Sciences de l' Homme*, UNESCO, 1970.

⁴⁸ See J. LOPES, “Citizenship education: Maintaining the momentum, practical research for education”, in *Practical Research for Education*, no. 38, 2007, pp. 57-63.

⁴⁹ See R. A. DAHL, *Democracia*, *op. cit.*, p. 10.

The Law can play this role of the “last definitional element of unity of the political community” in a society characterized by a cultural pluralism and by the crisis of an “identity model, a monocultural state and, in general, the political community”⁵⁰.

Paradoxically, this autonomy allows perhaps the most radical of universals: “[A] democratic experience of our humanity, or rather the experience that is the cause of democratization is formed, indeed, when all other seem nonessential belongings, except belonging to humanity”⁵¹. This would be what Matthias Mahlmann refers to as a “substantive normative universalism”, holding that “the only identity that falls within the political and legal level of determination is the one that focuses on the significant normative contents of a universalist vision. [Today] this perspective is shaped by a culture of human dignity and human rights and democracy institutionalized in accordance with the rule of law, and reinforced by social solidarity”⁵². Following the same path as Castells⁵³, Mahlmann continues: “The purpose of a constitution is not – from this point of view – to legally shape the single substantive identity of a community, but to determine, at least in the territory to which it applies, the principles of human rights, democracy, rule of law and social solidarity, and engage its citizens in the drafting of a normative civilization”.

3. Pedagogy for democracy

If the “disenchantment of the world is a great experience of modern humanity”⁵⁴, democracy is still perceived as synonymous with equality (achieved through the continued destruction of hierarchies⁵⁵, and autonomy (achieved by weakening the formal argument from authority)⁵⁶.

This paradigm substitution and the importance of civic education⁵⁷ is

⁵⁰ See L. L. GUERRA, “Derecho y multiculturalidade”, in Gerardo Ruiz-Rico Ruiz and Nicolás Pérez Sola (coords.), *Constitución y Cultura: Retos del Derecho Constitucional en el Siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 35-40.

⁵¹ See R. LEGROS, *O Advento da Democracia*, *op. cit.*, p. 389.

⁵² See M. MAHLMANN, “Constitutional identity and the politics of homogeneity”, in *GLJ*, vol. 6, no. 2, 2005, pp. 307, 316-317.

⁵³ See M. CASTELLS, *O Poder da Identidade*, Lisbon, Gulbenkian, 2003.

⁵⁴ See R. LEGROS, *O Advento da Democracia*, *op. cit.*, p. 373.

⁵⁵ See R. LEGROS, *O Advento da Democracia*, *op. cit.*, pp. 381, 386.

⁵⁶ See M. BARBOSA (ed.), *Olhares sobre Educação, Autonomia e Cidadania*, Braga, Universidade do Minho, 1999, pp. 79-112.

⁵⁷ See E. DOBOSY, *The Learning of Democratic Values: How Four «Out-of-the-Ordinary Schools» Do It*, Frenchs Forest, Pearson Education, 2007.

stressed, even *avant la lettre*, by philosophers from Plato to Rousseau to John Dewey. In fact, it would be suicidal for a recent – and perhaps also to a mature – constitutional democracy to only act as a neutral observer of these educational processes.

Being aware of this process, the Council of Europe declared 2005 as the European Year of Citizenship through Education⁵⁸, as a sensible corollary of the Council of Europe Project on Education for Democratic Citizenship, released in 1996, believing that if this type of education centered on the dignity of the human person does not force a person to be free, at least it predisposes.

The identity sense of belonging to which we referred above should then be encouraged: “[T]he relationship between school and democracy is at the same time, an analytical question – how does the process of formation and development of school systems articulated with the more general process of training and development of democratic political systems in the contemporary Western world – and a doctrinal matter – as one may conceptualize the school from a democratic point of view”⁵⁹. Another specific objective should therefore be the developing status for a responsible *status activae civitatis*⁶⁰.

Furthermore, a model of democratic pedagogy recognizes that sensitivity to cultural differences has important implications for education for citizenship. The International Commission on Education for the Twenty-First Century, which operated under the aegis of UNESCO and was coordinated by Jacques Delors, emphasized four pillars of the future of education: learning to know, learning to act, learning to live together and learning to be⁶¹. But we must shatter the pretense of comfort and assume that an education *indirizzata* for democracy is not granted when held in a democratic context. Moreover, education in/for democracy involves, as we have seen, considering the possible paradox of plural education⁶² – *maxime*, the discussion regarding the transmission and/or limitation of information about non-democratic values⁶³.

⁵⁸ See P. PERRENOUD, *A Escola e a Aprendizagem da Democracia*, Porto, Asa, 2002; J. LOPES, T. BENTON & E. CLEAVER, “Young people’s intended civic and political participation: Does education matter?”, in *Journal of Youth Studies*, vol. 12, n.º 1, 2009, pp. 1-20.

⁵⁹ See A. S. SILVA, *Parte Devida*, Porto, Edições Afrontamento, 1999, p. 37.

⁶⁰ See VVAA, *State of Human Rights and Democracy in Europe*, Strasbourg, Council of Europe, 2007.

⁶¹ See C. N. POWER, “A resposta da UNESCO ao desafio de criar unidade na diversidade”, in Jack Campbell (org.), *Construindo um Futuro Comum: Educando para a Integração na Diversidade*, Brasília, DF, UNESCO, 2002.

⁶² See J. GIMENO, *Educar e Conviver na Cultura Global*, Porto, Asa, 2003.

⁶³ See L. NETO, “Constituição e educação”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, year IV, 2007, pp. 279-285; VVAA, *Policies and Practices for Teaching Sociocultural Diversity – Diversity and Inclusion: Challenges for Teacher Education*, Strasbourg, Council of Europe, 2010.

It still remains clear that education in/for democracy should not be nominally confused with the experience of mere formalization of disciplines such as Education for Citizenship (e.g. highlighting the problems that recently occurred in Spain, culminating in the intervention of judicial power to deny the possibility of objection in relation to the syllabus – marked, in the understanding of many, by a heavily ideological component)⁶⁴ and does not have a remarkable specificity for graduate students in programs of social sciences in general and legal sciences legal in particular⁶⁵.

It is, in short, mandatory that Education effectively covers three interrelated dimensions⁶⁶:

- a) social and ethical responsibility that must develop self-confidence and responsible student's behavior in their relationship with their peers and with people in positions of authority;
- b) student participation, in society and in the lives of groups and organizations to which they belong;
- c) political literacy in a strict sense – *i.e.*, acquiring knowledge on standards, values, practices and skills needed for participation in “public life” – must be understood in a broad sense, including conflict resolution and decision-making (local and national, European or global).

Learning the fundamentals of a pluralistic society must arise from the education system – *maxime* in higher education⁶⁷ –, either through a non-directive framework (or “light-touch framework”) as the one that has been advocated in the context of some studies of the Council of Europe, either through specific teaching centered in the triad “learning about” – democracy and the rights of men in a context of civic education content as the regular school that addresses the standards of identity, freedom, responsibility, conflict, communication, pluralism, rule and law, equality, responsibility⁶⁸ –, “learning through” – the conse-

⁶⁴ See B. SANTOS, *A Cidadania na “Voz” dos Manuais Escolares: O que Temos? O que Queremos?*, Lisbon, Livros Horizonte, 2001; M. E. SANTOS, “Cidadania e educação cidadã”, in *Educação: Temas e Problemas*, vol. 3, no. 2, 2007, pp. 169-192.

⁶⁵ See JOSEF HUBER & IRA HARKAVY (eds.), *Higher Education and Democratic Culture: Citizenship, Human Rights and Civic Responsibility*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2007.

⁶⁶ See E. IRELAND *et al.*, *Active Citizenship and Young People: Opportunities, Experiences and Challenges In and Beyond School. Citizenship Education Longitudinal Study: Fourth Annual Report*, London, DfES, 2006; D. KERR & E. CLEAVER, *Citizenship Education Longitudinal Study: Literature Review – Citizenship Education One Year On – What Does it Mean?: Emerging Definitions and Approaches in the First Year of National Curriculum Citizenship in England*, London, DfES, 2004; D. KERR *et al.*, *Making Citizenship Real. Citizenship Education Longitudinal Study Second Annual Report. First Longitudinal Survey*, London, DfES, 2004.

⁶⁷ See S. BERGAN, *The University as Res Publica: Higher Education Governance, Student Participation and the University as a Site of Citizenship*, Strasbourg, Council of Europe, 2004.

⁶⁸ See R. GOLLOB & P. KRAFT (eds.), *Living in Democracy: EDC/HRE Lesson Plans for Lower Secondary Level*, Strasbourg, Council of Europe, 2008; IDEM, *Teaching Democracy: A Collection of*

cratation of real participation rights⁶⁹ – and “learning for” – providing a link with the professional “know-how”. Rather than breaking the distinction between ideal, appropriate or not integrated citizens, it is important to abolish the distinction between training and information: the teaching method is transmuted into pedagogical content, determining, hopefully, different future skills and attitudes⁷⁰.

Education for democracy therefore includes not only the transmission of information on values inherent to a democratic regime but also a horizontal dimension of political education for future generations⁷¹ able to potentiate and to motivate policy decisions. This is particularly important, at a time when the perception of the legitimacy of political representation is questioned.

This is how Giancarlo Rolla states it: “in everyday reality, marked by the crisis of the nation state, the legitimacy of the democratic state is based not so much on conditioning pre-legal status such as race, language or culture, but in the adhesion for citizens to common values and principles. The sense of identity and belonging [emerges] from the sharing of common civic values, whereby the link between the people and their state assumes a dimension of proactive rather than a type of natural character”⁷².

Let us reread Thomas Jefferson: “*I think by far the most important bill in our whole code is that for the diffusion of knowledge among the people. No other sure foundation can be devised for the preservation of freedom...Preach, my dear Sir, a crusade against ignorance; establish and improve the law for educating the common people*”⁷³.

Models for Democratic Citizenship and Human Rights Education, Strasbourg, Council of Europe, 2008; G. P. SERRANO, *Educação em Valores: Como Educar para a Democracia*, 2nd ed., São Paulo, Editora ArtMed, 2002.

⁶⁹ See J. LÓPEZ-CEREZO & J. LUJÁN, “Cultura científica y participación formativa”, in F. Rubia *et al.* (eds.), *Percepción Social de la Ciencia*, Madrid, Academia Europea de Ciencias y Artes/UNED, 2004.

⁷⁰ See R. GOLLOB & P. KRAFT (eds.), *Teaching Democracy: A Collection of Models for Democratic Citizenship and Human Rights Education*, *cit.*; T. BENTON *et al.*, *Citizenship Education Longitudinal Study (CELS): Sixth Annual Report. Young People’s Civic Participation In and Beyond School: Attitudes, Intentions and Influences*, London, DCSF, 2008.

⁷¹ See J. M. PAIS (coord.), *Gerações e Valores na Sociedade Portuguesa Contemporânea*, Lisbon, Instituto de Ciências Sociais, 1998.

⁷² See G. ROLLA, “Tutela de la identidad cultural y de la ciudadanía en los ordenamientos multiétnicos: La experiencia canadiense”, in Francisco Balaguer Callejón (ed.), *Derecho Constitucional y Cultura: Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004.

⁷³ See T. JEFFERSON, “Letter to George Wythe, Aug, 13, 1786”, in Julian Boyd (ed.), *The Papers of Thomas Jefferson*, Princeton, Princeton University Press, 1954, p. 245.

VOCABULÁRIO ELEMENTAR DA DIFERENÇA E DESIGUALDADE CONCEITOS E PROBLEMAS NAS CIÊNCIAS SOCIAIS

Manuela Ivone P. da Cunha

Jean-Yves Durand¹

Diferença e desigualdade são termos que não se situam no mesmo plano conceptual. Ambas os termos são de teor relativo e comparativo, mas o critério em que a comparação assenta não é o mesmo nos dois casos. Para pensar estas noções, bem como as relações entre elas, podemos começar por invocar o par de termos perante o qual se colocam numa relação de antinomia. «Igual» não se opõe a «diferente», mas sim a «hierarquizado»; «diferença» não se opõe a «igualdade» mas sim a «idêntico», a «semelhança»². Focar-se-á neste texto os critérios implicados nalguns usos destes termos. Serão focadas, ainda, as articulações entre eles, pois “assim como a semelhança não pressupõe necessariamente igualdade, também as diferenças não são todas geradoras de desigualdades”³.

¹ Professores no Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Minho. Uma versão anterior deste texto foi publicada em diferentes secções e num outro formato, mais sumário, em A. BARRAÑO *et al.* (orgs.), *Diccionario de Relaciones Interculturales: Diversidad y Globalización*, Madrid, Editorial Complutense, 2007.

² Cf. TERESA SAN ROMÁN, *Los Muros de la Separación: Ensayo sobre Alterofobia y Filantropía*, Barcelona, Servei de Publicacions de la Universitat Autònoma de Barcelona, 1996, p. 134 (tradução nossa).

³ *Idem, ibidem*, p. 135 (tradução nossa).

1. Estratificação e classes sociais

Desigualdade refere-se à repartição de poder e de riqueza, ao acesso a direitos, a recursos e recompensas, materiais ou simbólicas. Neste sentido, a ideia de desigualdade tem encontrado expressão corrente sobretudo nas noções de estratificação social (ou de hierarquia, quando este termo é empregue como sinónimo de estratificação) e de classes sociais. Na teoria social, a noção de estratificação tende a ser mais descritiva, ordenando as diferentes posições sociais de maneira vertical em função de indicadores e critérios simples como por exemplo rendimento, profissão ou ocupação, estilo de vida, e por vezes outros ainda mais específicos tais como tempo livre ou cuidados médico-sociais. Tal como o próprio recurso à metáfora geológica de “estrato” o sugere, ao caracterizar uma sociedade como um conjunto de camadas sobrepostas, as teorias da estratificação, de raiz estruturo-funcionalista, tendem a conceptualizar a desigualdade de forma estática e a encará-la como um dado, como um aspecto constitutivo de qualquer contexto societal que apresente alguma diferenciação de funções⁴. A noção de classe releva ao invés de perspectivas que apontam o seu carácter histórico e o conflito ou as contradições subjacentes a ela, tendo-lhe estado associado um questionamento dos próprios fundamentos das estruturas de desigualdade⁵.

O conceito de classe é utilizado ora numa acepção de raiz marxista, ora numa acepção de raiz weberiana. As abordagens de tradição marxista dão mais ênfase ao lugar que os indivíduos ocupam na esfera económica da produção, mais especificamente em relação ao controlo dos meios de produção, enquanto as de orientação weberiana privilegiam como critério de classificação e definição das classes a situação das pessoas em termos de posse e controlo de recursos. Além de contemplar assim na dimensão económica da classe a esfera de distribuição e consumo, para além da produtiva, a perspectiva weberiana articula-a também com dimensões sociais e políticas como as de *status*, autoridade e poder, entendendo estas três dimensões como convertíveis entre si. As credenciais escolares, políticas, a carteira de conhecimentos, por exemplo, são passíveis de ser convertidas em poder aquisitivo⁶. Trata-se de uma visão ampla e multifacetada das desigualdades de classe, que se estabeleceriam em função de critérios variados tais como a propriedade, o poder de compra, as habilitações escolares, as conexões sociais ou o prestígio. Perante a complexificação das estruturas de

⁴ E.g. Parsons (1949) e Merton (1996) *apud* CARLOS SILVA, *Desigualdades e Exclusões Sociais*, Porto, Campo das Letras, 2006.

⁵ Cf. CARLOS SILVA, *Desigualdades e Exclusões Sociais*, *op. cit.*

⁶ Cf. MAX WEBER, *Economy and Society: An Outline of Interpretative Sociology*, Berkeley, The University of California Press, 1978; RALF DAHRENDORF, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1959.

desigualdade no sistema capitalista (por exemplo através da ascensão de camadas da nova pequena burguesia protagonizada por personagens como gestores, técnicos, intelectuais, etc.), teóricos neomarxistas viriam também a incorporar na sua leitura das classes sociais dimensões extra-económicas salientadas por Weber⁷, abrindo caminho a outras perspectivas de síntese sobre a desigualdade (é o caso de Pierre Bourdieu⁸, para referir uma das mais destacadas).

Mas as noções de estratificação e de classe social não se distinguiram entre si só sob estes aspectos analíticos. Elas também foram postas em correspondência com sociedades reais, segundo um esquema de classificação dicotómica das sociedades: Nós/Outros, primitivo/moderno, simples/complexo. De um lado perfilar-se-iam as sociedades sem Estado, com uma estratificação social elementar, baseada em desigualdades “naturais” de idade e sexo; do outro, as sociedades com Estado, hierarquizadas em classes. A partir dos anos sessenta, antropólogos marxistas vieram relativizar esta oposição que fazia corresponder categorias analíticas a tipos de sociedade. Ao deslocar o eixo de análise das relações sociais, descentrando-a da esfera da produção e alargando-a à da reprodução⁹, identificaram antagonismos de classe em sociedades “simples”, por exemplo entre os membros mais velhos das linhagens, por um lado, e jovens e mulheres por outro. Entre diferentes grupos de sexo e de idade também se poderia pois constatar uma repartição desigual dos meios de produção e relações de exploração susceptíveis de configurar relações de classe¹⁰. O estudo de sociedades exóticas contribuiu desta forma para a reformulação da própria categoria marxista de classe enquanto quadro comparativo que carecia de ser ajustado à leitura de sociedades não capitalistas.

2. Hierarquia e casta

Uma outra noção ainda através da qual se exprime a ideia de desigualdade foi também ela objecto de associação na teoria antropológica a uma sociedade concreta, a um lugar: trata-se da noção de hierarquia e da sua associação à

⁷ Cf. LOUIS ALTHUSSER, *Pour Marx*, Paris, Maspero, 1972; NICOS POULANTZAS, *Classes in Contemporary Capitalism*, Londres, NLB, 1975; ERIK OLIN WRIGHT, “The comparative project on class structure and class conscience: An overview”, in *Acta Sociologica*, vol. 32, n.º 1, 1989, pp. 3-22.

⁸ Cf. PIERRE BOURDIEU, *La Distinction, Critique Sociale du Jugement*, Paris, Minuit, 1979.

⁹ Cf. EMANUEL TERRAY, *Le Marxisme Devant les Sociétés “Primitives”*: Deux Études, Paris, Maspero, 1969.

¹⁰ Para um debate desta questão, cf., entre outros, CLAUDE MEILLASSOUX, *Femmes, Greniers et Capitaux*, Paris, Maspero, 1975; PIERRE BONTE, “Marxisme et Anthropologie: Les malheurs d’un empirisme”, in *L’Homme*, vol. XVI, n.º 4, 1976, pp. 129-136; PIERRE-PHILIPPE REY, “Contradictions de classe dans les sociétés segmentaires”, in *Dialectiques*, n.º 21, 1977, pp. 116-133.

civilização indiana¹¹. Mas no sistema de castas, que o conceito de hierarquia veio a caracterizar, pôs-se sobretudo em relevo a alteridade deste fenómeno ou a sua diferença em relação a formas de desigualdade “ocidentais”, levando a que a casta fosse considerada como outra coisa que não simplesmente uma forma de estratificação social levada ao extremo. Louis Dumont¹² viu o sistema de castas antes de mais como um sistema de valores, baseado na oposição entre puro e impuro e na interdependência entre estas duas categorias, que brâmanes e intocáveis corporizariam como os pólos simétricos de um percurso hierárquico. Mas esta oposição seria de natureza religiosa e a hierarquia que dela decorre estaria dissociada das materialidades do poder: o poder localizar-se-ia não no topo da hierarquia de castas mas no seu centro, nos escalões intermédios. O pensamento hierárquico e a ideologia holista de que o sistema de castas relevaria, em que o todo se sobrepõe aos elementos constituintes, foram contrastados por Dumont com os valores igualitários e com o individualismo prevalecentes na ideologia “ocidental” moderna.

De acordo com esta perspectiva, o conceito de casta estaria, por conseguinte, vinculado a uma realidade particular e seria abusivo empregar este termo a propósito de toda e qualquer manifestação rígida e vinculada de desigualdade, como por vezes sucede no discurso comum e nos *media*. Esta posição, segundo a qual o termo “casta” viajaria mal e não poderia ser usado como equivalente do expoente máximo de algo universal – a desigualdade – foi também a de Edmund Leach¹³, mas por razões diferentes. O critério que faria a especificidade do fenómeno casta não seria tanto de ordem cultural (a religião, os valores), já que cingaleses budistas, por exemplo, de religião não hindu, e outros vizinhos da Índia também se organizariam em castas. Esse critério seria sim de ordem estrutural. Enquanto fenómeno de morfologia social, o fenómeno pan-indiano das castas apresentaria características específicas que o distinguiriam quer das sociedades de classes quer das aristocracias. Entre essas características distintivas contam-se a interdependência orgânica, as modalidades de competição (que seriam intra-casta e não inter-casta), as lógicas da endogamia e outras estratégias de fechamento (as quais vigorariam em todos os grupos e não apenas nos superiores pretendendo fechar-se face a inferiores).

¹¹ Cf. ARJUN APPADURAI, “Putting hierarchy in its place”, in *Cultural Anthropology*, vol. 3, n.º 1, 1988, pp. 36-44.

¹² Cf. LOUIS DUMONT, *Homo Hierarchicus: Le Système des Castes et ses Implications*, Paris, Gallimard, 1966.

¹³ Cf. EDMUND LEACH, “Introduction: What should we mean by caste?”, in E. Leach (ed.), *Aspects of Cast in South India, Ceylon and North-West Pakistan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1960.

A reflexão sobre a casta enquanto expressão de desigualdade foi assim suscitando diversos debates. Como é o caso em tantos outros, a dificuldade reside em conseguir identificar as especificidades de um fenómeno sem cair na sua exotização, que faz das diferenças em relação a sociedades outras o único eixo da comparação, não atendendo suficientemente às semelhanças. Esta foi precisamente uma das críticas dirigidas a Dumont e a outros indianistas, bem como a crítica de bramanocentrismo. Não haveria apenas uma, mas várias visões de hierarquia ligadas à identidade de cada casta. Nenhuma casta se consideraria intrinsecamente inferior a outra ou como parte de uma hierarquia englobante em que cada uma participaria na sustentação do sistema como um todo¹⁴. Uma tal leitura teria muito provavelmente decorrido de uma sobrevalorização da versão bramânica da hierarquia, que privilegia, essa sim, o critério da pureza e da poluição. Mas as justificações bramânicas de superioridade e inferioridade não seriam de natureza diferente, nem sociologicamente mais válidas, do que as narrativas míticas de outras castas que invocam um passado glorioso e reivindicam a partir dele a sua própria superioridade. Segundo esta visão crítica, sucede apenas que teriam sido essas as versões privilegiadas pelos estudiosos indianistas. Haveria afinal tensão e competição política entre as castas em vez de concordância ou de aquiescência ideológica por parte das castas mais baixas em relação ao seu estatuto subalterno.

Há contudo que considerar outras razões para esta invisibilidade das discordâncias relativas à ordem hierárquica que não apenas eventuais problemas de perspectiva afectando os estudos indianistas. Tais razões prendem-se também com uma mutação histórica, com as transformações económicas e políticas ocorridas na Índia contemporânea. Se a invisibilidade da contestação prevaleceu, tal deveu-se também ao facto de as relações entre as castas se terem durante muito tempo processado exclusivamente dentro dos limites de uma economia rural de aldeia fechada, que não deixava às castas subalternas espaço de manobra. A dissolução desta economia, o êxodo rural, as mudanças jurídicas promovendo uma maior igualdade consagradas na Constituição da Índia independente, a multiplicação de organizações de casta, entre outros factores, conjugaram-se para permitir a expressão da competição em arenas abertas e de maior projecção, sem receio de ofender os superiores e os poderosos. É neste contexto que autores como Dipankar Gupta alegam que a casta se manifesta agora mais como identidade do que como sistema¹⁵. Ou seja, ao colapso do sistema de castas tal como ele existia na economia fechada de aldeia teria correspondido a ascensão ruidosa das identidades de casta na arena

¹⁴ Cf. DIPANKAR GUPTA, "Caste and politics: Identity over system", in *Annual Review of Anthropology*, vol. 21, 2005, pp. 409-207.

¹⁵ Cf. DIPANKAR GUPTA, "Caste and politics: Identity over system", *op. cit.*

política nacional. Assim é também porque a participação das castas na política não se deu no sentido de eliminar a casta, mas no sentido de a usar como um instrumento de mudança social. Quer dizer, a democracia proporcionou uma afirmação descomplexada da casta, mas não conduziu à contestação da própria categoria “casta”. Pelo contrário, a ordenação vertical das castas na hierarquia da pureza foi substituída por uma consolidação horizontal destas categorias.

3. Diferenças naturais e diferenças sociais: idade, sexo e género

As várias categorias de desigualdade enumeradas acima encontram-se intersectadas com categorias de diferença que podem configurar elas próprias tipos específicos de desigualdade, não inteiramente redutíveis às primeiras. É o caso das categorias “raciais”, de idade e de género. Estas categorias vêm segmentá-las (a uma mesma inserção de classe, por exemplo, podem corresponder desigualdades de poder entre homens e mulheres) e são ao mesmo tempo segmentadas por elas (a experiência das mulheres não é uniforme, divergindo consoante as inserções de classe). A similaridade não implica por conseguinte igualdade.

A noção de interseccionalidade assinala estes cruzamentos e segmentações. A experiência tanto de mulheres como de homens não é homogénea. É modulada por outros fatores de classe, “raça”-etnicidade, idade, orientação sexual e outros ainda. As perspetivas da interseccionalidade têm procurado examinar o modo como o género interage com outros elementos de diferença-desigualdade em diversos níveis, e como o cruzamento ou intersecção destes aspetos cria efeitos cumulativos e compostos que representam mais do que a soma das partes¹⁶.

Idade, sexo e género são um primeiro conjunto de categorias de diferença que fazem referência a características naturais. Porém, tal não quer dizer que decorram naturalmente delas. Nem todas as diferenças naturais são investidas de significado – tornadas socialmente visíveis – e nem todas são geradoras de desigualdade. Veja-se o caso histórico, no que respeita à formulação das classificações “raciais”, da racialização de certas características físicas e não de outras, não menos salientes mas que permaneceram socialmente neutras. A própria visibilidade da aparência física pode, por conseguinte, ser mais o

¹⁶ Cf. MARGARET L. ANDERSEN e PATRICIA H. COLLINS, *Race, Class, and Gender*, Belmont, Wadsworth, 2004; KIMBERLE CRENSHAW, “Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color”, in *Stanford Law Review*, vol. 43, n.º 6, 1991, pp. 1241-1299.

resultado de uma construção ideológica do que um dado imediato¹⁷. O que está em causa é não a naturalidade das diferenças, mas, quase sempre, a naturalização das desigualdades sociais como forma de as legitimar e perpetuar¹⁸. Em qualquer caso, as diferenças naturais não são pensadas e mobilizadas da mesma maneira em diferentes contextos culturais.

A *idade* é um modo de classificação relacionado com o desenvolvimento físico do indivíduo e com a sucessão de etapas socialmente significativas em que esse desenvolvimento se manifesta. Como objecto de recorte cultural que é, a referência à idade é variável e as suas modalidades são múltiplas. Tanto pode situar o indivíduo considerado na sua existência particular, como servir de base para a definição de categorias sociais e para a constituição de grupos; tanto pode envolver a periodização de etapas do ciclo de vida, da infância à velhice, como as posições relativas de indivíduos entre si. É neste sentido que podem existir desigualdades fundadas sobre princípios de senioridade e ancestralidade, como acontece em várias sociedades de linhagens – isto é, fundadas menos na idade cronológica *per se*, em termos absolutos, e mais na proximidade genealógica entre vivos ou com os mortos. Nas sociedades linhageiras a relação dos mais velhos com os jovens é também, de modo geral, uma relação de autoridade e de dependência que passa pelo importante controlo que os primeiros detêm sobre a produção e a circulação e, indirectamente, sobre a reprodução quando este controlo tem implicações nas compensações matrimoniais devidas pelos mais novos

Nalgumas destas sociedades, a idade pode tornar-se um princípio organizador central da vida social, condicionando de maneira global não só os principais acontecimentos da existência do indivíduo, como ainda definindo estatutos, títulos políticos, funções, direitos e obrigações. Nestes contextos, a vida social e económica é regulada pela transição sincronizada de um conjunto de pessoas de uma etapa para outra. Trata-se dos sistemas de classes de idade, que combinam um princípio hierárquico, referente às diferenças de grau etário, com um princípio igualitário que governa as relações de co-pertença a uma mesma classe de idade¹⁹. Há, contudo, que precisar que normalmente estes grupos compreendem apenas indivíduos de mesmo sexo. No caso desta

¹⁷ Cf. PETER WADE, “«Race», Nature and Culture”, in *Man*, n.º 28, 1993. Para um tratamento mais desenvolvido deste ponto, cf. MANUELA P. DA CUNHA, “A natureza da «raça»”, in *Cadernos do Noroeste, Sociedade e Cultura*, vol. 13, n.º 2, 2000, pp. 191-203.

¹⁸ Cf. VERENA STOLCKE, “Is sex to gender as race is to ethnicity?”, in T. del Valle (ed.), *Gendered Anthropology*, Londres, Routledge, 1993.

¹⁹ Cf. BERNARDO BERNARDI, *Age Class Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985; MARC ABÉLÈS e C. COLLARD (eds.), *Age, Pouvoir et Société en Afrique Noire*, Montreal, Presses Universitaires de Mont Réal, 1985; FRANK HENDERSON STEWART, *Fundamentals of Age-Group Systems*, Nova Iorque, Academic Press, 1977.

configuração social, constatada em várias regiões do globo mas sobretudo saliente em vários países da África Oriental (em parte porque aí uma dada classe de idade ganha existência muito para lá do nível local, projectando-se à escala nacional), as categorias colectivas definidas com base no factor etário têm pois verdadeiramente uma expressão institucional, o mesmo não acontecendo com a noção de gerações. Entende-se por classe de idade um grupo de indivíduos nascidos num mesmo intervalo de tempo, intervalo este variável e socialmente determinado. Pode tratar-se do intervalo compreendido entre dois rituais colectivos de iniciação de adolescentes no mundo adulto. Mas este critério de co-iniciação pubertária não é o único modo de constituição de classes de idade (que o conhecido caso dos Maasai na Tanzânia e no Quênia vulgarizou); um outro é de ordem geracional, na medida em que o critério decisivo é a pertença de pai e filho a classes de idade distintas. A idade genealógica prevalece neste caso sobre a idade cronológica. Tendo em conta que cada classe de idade vai progredindo, ao longo da sua existência, por vários graus que enquadram diferentes funções sociais desempenhadas pelos indivíduos, a conciliação destes dois aspectos pode resultar mais complexa do que se poderia supor à partida.

A desigualdade pode ainda ser formulada em termos de *género*. Invertendo a perspectiva desta formulação, o género foi mesmo definido como uma forma de desigualdade, pelo que o estudo do género seria por inerência um estudo das relações de poder assimétrico²⁰. Este entendimento não implica hoje, como implicou em tempos, o pressuposto simples da dominação universal das mulheres pelos homens, nem o da universalidade das noções de género afirmando a superioridade masculina e a inferioridade feminina. Essa subordinação, como se chegou a pensar, decorreria da capacidade reprodutora das mulheres, que induziria em todos as épocas e todos os lugares uma desvalorizante associação simbólica destas à natureza e à esfera privada ou doméstica. Os homens, pelo contrário, representariam universalmente a cultura e esfera pública²¹.

Uma perspectiva comparativa mais atenta às diferenças culturais e sociais veio, no entanto, não só evidenciar uma maior complexidade e diversidade de formas neste âmbito, como também que esses dois pressupostos estão em parte estreitamente ligados a construções ideológicas e esquemas “ocidentais” de pensamento. Trata-se de esquemas dicotómicos tais como cultura/natureza, público/privado, produção/reprodução. Para mais, essas dicotomias encontram-se organizadas sempre de maneira assimétrica: a cultura

²⁰ Cf. SHERRY ORTNER e HARRIET WHITEHEAD (eds.), *Sexual Meanings: The Cultural Construction of Gender and Sexuality*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981; JANE F. COLLIER e SYLVIA J. YANAGISAKO (eds.), *Gender and Kinship: Essays Toward a Unified Analysis*, Stanford, Stanford University Press, 1987.

²¹ Cf. MICHELLE ROSALDO e LOUISE LAMPHERE (eds.), *Woman, Culture and Society*, Stanford, Stanford University Press, 1974.

figura nelas como superior à natureza, a esfera pública masculina engloba a esfera doméstica feminina. Neste quadro, o pensamento sobre a diferença de género seria pois à partida hierarquizador e incapaz de reconhecer, segundo os contextos, igualdade entre os géneros, tanto quanto reconhece a desigualdade; de identificar semelhanças, tanto quanto identifica diferenças. O problema da desigualdade é também indissociável da questão da representação das mulheres e está desde logo inscrito nela, como a antropologia feminista fez notar. As mulheres foram não só negligenciadas enquanto objecto de atenção etnográfica, tendo as suas actividades permanecido invisíveis ou subavaliadas, como não eram representadas como plenos actores da vida social, tendo por muito tempo permanecido sem voz²².

Ora, a dicotomização que estruturou a representação do género está longe de ser universal, além de a questão da subordinação das mulheres não se colocar nos mesmos termos nas sociedades igualitárias²³, sem hierarquia política e onde o poder não é concebido como força coerciva, ou onde as mulheres controlam o seu trabalho e o que dele resulta. Como vários antropólogos salientaram, o conjunto de dicotomias acima referido é menos uma característica dos universos culturais estudados do que do discurso desenvolvido sobre eles. É o caso da oposição entre produção e reprodução, que assenta na tendência “ocidental” para marcar a distinção entre a produção de pessoas e a produção de coisas²⁴ e para radicar nela a ideia da “naturalidade” da divisão sexual do trabalho. A conceptualização naturalista das mulheres que lhe está ligada esteve além disso na base de uma análise económica distorcida do trabalho destas (e logo, da produção no seu conjunto) ao privilegiar as tarefas reprodutivas que desempenham, em detrimento de outras²⁵.

Quanto à dicotomia público/privado, nem todas as sociedades a elaboram e é historicamente situável²⁶. Do mesmo modo, este binómio não recobre uniformemente as mesmas realidades (a noção de privado pode referir-se à pessoa, não a um grupo doméstico; a noção de público não é sempre consubstanciável com a de político); tão-pouco corresponde necessariamente a uma distribuição de actividades masculinas e femininas, nem a uma hierarquização valorizando

²² Cf. HENRIETTA MOORE, *Feminism and Anthropology*, Cambridge, Polity Press, 1988.

²³ Cf. ELEANOR LEACOCK, “Women’s status in egalitarian societies: Implications for social evolution”, in *Current Anthropology*, vol. 19, 1978, pp. 247-275.

²⁴ Cf. JANE F. COLLIER e SYLVIA J. YANAGISAKO (eds.), *Gender and Kinship: Essays Toward a Unified Analysis*, *op. cit.*

²⁵ Cf. NICOLE-CLAUDE MATHIEU, *L’Anatomie Politique: Catégorisations et Idéologies du Sexe*, Paris, Côté Femmes, 1991.

²⁶ Cf. ELEANOR LEACOCK, “Women’s status in egalitarian societies: Implications for social evolution”, *op. cit.*

umas (as das mulheres) e desvalorizando outras (as dos homens)²⁷. Impõe-se, contudo, uma precisão neste ponto. Uma coisa é descortinar o etnocentrismo e o androcentrismo presentes nas próprias categorias analíticas utilizadas; outra coisa é, num relativismo algo simétrico, subestimar a ideologia androcêntrica em sociedades outras por considerar que as mulheres teriam um poder real, mesmo se discreto, por detrás do poder visível, mas superficial, dos homens. A questão neste caso é a de saber se as mulheres têm sobre os homens e a sociedade o poder de decisão global que estes muitas vezes têm sobre as mulheres e a sociedade ou se elas têm poder essencialmente no domínio que lhes é atribuído²⁸.

Por fim, o par binário natureza/cultura, bem como a sua associação a um contraste entre os sexos, viram o seu conteúdo e universalidade questionados, tendo sido também ele apontado como uma particularidade “ocidental” imputada a outras visões do mundo²⁹. O mesmo sucederia com o alinhamento simbólico das mulheres com a natureza, das mulheres com a reprodução, e da reprodução com a natureza: nenhuma destas associações culturais é generalizável em termos universais.

O modo como o binómio natureza/cultura está presente na própria articulação entre sexo e género é menos linear do que se pensava de início. O termo “género” foi introduzido pelos estudos feministas para designar a construção social da diferença entre homens e mulheres (por exemplo, as respectivas actividades e comportamentos, ou ainda aquilo que se entende por “masculino” e “feminino”), e para distingui-la da diferença biológica entre ambos, situada pelo termo “sexo”; o género enquanto construção simbólica seria culturalmente variável, ao contrário do facto universal das diferenças naturais de sexo. Contudo, as categorias de género “masculino” e “feminino” não são necessariamente simples comentários ou prolongamentos culturais das diferenças biológicas entre homens e mulheres, nem as diferenças de sexo são forçosamente a base universal a partir da qual são geradas as diferenças de género³⁰. Noutros contextos culturais, as diferenças de género podem também ser naturalizadas, ou radicadas no corpo, mas de maneira diversa e sem que essa naturalização corresponda ao agregado específico de ingredientes que compõem a noção ocidental de sexo (uma noção que aglomera numa mesma unidade aspectos vários como elementos anatómicos, funções biológicas, e que

²⁷ Cf. JOANNA OVERING, “Men Control Women? The «Catch 22» in the Analysis of Gender”, in *International Journal of Moral and Social Studies*, vol. 1, n.º 2, 1986, pp. 135-156.

²⁸ Cf. NICOLE-CLAUDE MATHIEU, *L'Anatomie Politique: Catégorisations et Idéologies du Sexe*, op. cit.

²⁹ Cf. CAROL MACCORMACK e MARILYN STRATHERN (eds.), *Nature, Culture and Gender*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980.

³⁰ Cf. JANE F. COLLIER e SYLVIA J. YANAGISAKO (eds.), *Gender and Kinship: Essays Toward a Unified Analysis*, op. cit.

produz categorizações sexuais binárias). Ainda que reconhecidas, as diferenças genitais e de papéis reprodutivos entre homens e mulheres podem ser menos relevantes nas categorizações sexuais empreendidas por outras sociedades do que outros aspectos da fisiologia do corpo. Veja-se por exemplo a carne e o osso, entendidos como feminino e masculino, entre os Khumbo do Nepal³¹. Mas neste caso, em vez de sublinharem diferenças entre corpos, as noções de diferença sexual sublinham aspectos distintos contidos em cada corpo. É nesta perspectiva que se veio depois argumentar que a distinção analítica entre sexo e género talvez fosse afinal desnecessária (e reeditasse mesmo, a um outro nível, o tipo de naturalização que serviu de início para questionar), pois a noção de “sexo” é ela própria modulada por construções culturais particulares³².

Depois deste percurso que desnaturalizou analiticamente algumas desigualdades, isto é, desmontada a base natural das diferenças tidas como fonte de desigualdades sociais, cabe por fim interrogar em que medida este tipo de exercício é susceptível de ser posto ao serviço das reivindicações cívicas de igualdade de direitos. Embora seja evidente a sua utilidade para promover uma perspectiva distanciada e crítica sobre o que de outro modo tende a passar por inelutável, ele corre o risco de ao mesmo tempo erigir uma armadilha se brandido sem precaução na esfera pública: a de colocar os debates de cidadania, de ordem eminentemente política, na continuidade directa do conhecimento sobre a natureza e assim reforçar inadvertidamente a ideia de que é esta o árbitro último das discussões sobre o que podem e devem ser os direitos e deveres de pessoas, categorias e grupos.

A igualdade só seria então legítima desde que a desigualdade não tivesse base natural alguma. Nesta lógica, seria pois indispensável o *imprimatur* legitimador da ciência. Mas se, por hipótese, a ciência viesse a sustentar o contrário, que a essência das desigualdades sociais se encontra nas diferenças naturais? Até que ponto seria aceitável, em consequência, a revisão de princípios democráticos? Os riscos do cientismo aqui implícito podem ser ilustrados com o caso da militância anti-racista em nome da ciência, que hoje – mas não no passado – afirma a unicidade genética do género humano e a inexistência de “raças”. Se travado unicamente nesta base, este combate cívico incorre numa simetria perigosa, pois acaba por espelhar as teses racistas que faziam decorrer a desigualdade social das diferenças biológicas, e fica refém do discurso genético, que por princípio transcende.

³¹ Cf. HILDEGARD DIEMBERGER, “Blood, sperm, soul and the mountain: Gender relations, kinship and cosmovision among the Kumbo”, in T. del Valle (ed.), *Gendered Anthropology*, Londres, Routledge, 1993, pp. 88-127.

³² Cf. JANE F. COLLIER e SYLVIA J. YANAGISAKO (eds.), *Gender and Kinship: Essays Toward a Unified Analysis*, op. cit.; JUDITH BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Londres, Routledge, 1990.

4. Diferenças culturais e diferenças sociais

Assim como algumas desigualdades foram naturalizadas, outras foram culturalizadas, quer dizer, atribuiu-se a diferenças culturais aquilo que muitas vezes releva sobretudo de diferenças sociais. A lógica essencialista é a mesma em ambas as conversões, bem como o efeito de escamoteamento de estruturas de desigualdade. Este é um dos três principais problemas que podem afectar a análise das relações entre diferenças sociais e diferenças culturais. A confusão entre estes dois planos tem-se manifestado por exemplo na tendência para exotizar a pobreza, atribuindo a uma inserção étnica ou a uma opção cultural aspectos do modo de vida tais como as condições precárias de habitação de uma dada comunidade em bairros de lata³³.

A distância social é também amplificada e transformada em incomensurabilidade quando se suprime do leque das motivações possíveis de um comportamento os factores socio-económicos e se o reduz à partida a uma mentalidade “outra” ou a traços psicossociais específicos, como seja a “orientação para o presente”.

Este foi um dos problemas de que padeceu a noção de *cultura da pobreza*, uma noção que ilustra também um segundo tipo de equívocos analíticos que rodeiam esta questão: aquele que consiste em desconectar por completo os processos culturais dos processos económicos e políticos. Segundo Oscar Lewis³⁴, que propôs tal conceito, um conjunto particular de comportamentos, valores e ideias ter-se-ia gerado como resposta adaptativa à marginalidade económica mas, uma vez constituída, essa cultura perpetuar-se-ia de forma auto-sustentada, imune à mudança e encerrando por si mesma os pobres na miséria. A despeito das intenções de Lewis, a “cultura da pobreza” abriu caminho à exclusiva responsabilização dos pobres pela sua subalternidade, dados os valores contraproducentes por que se regeriam, chegando-se a julgar inútil qualquer intervenção no sentido de melhorar a sua condição, por exemplo através de programas sociais.

O tipo de apropriação de que esta noção foi objecto ilustra bem a polarização ideológica em torno dos estudos sobre a pobreza, tendo sido esse o caso especialmente nos EUA. Ela entronca também com a própria organização das categorias culturais através das quais a diferença tende aí a ser pensada e com o modo como aí são estabelecidas as identidades sociais, onde sobressai a tendência para subsumir a identidade de classe na identidade étnico-“racial” e

³³ Cf. PIERRE BOURDIEU (ed.), *La Misère du Monde*, Paris, Editions du Seuil, 1993; MANUELA P. DA CUNHA, *Entre o Bairro e a Prisão: Tráfico e Trajectos*, Lisboa, Fim de Século, 2002.

³⁴ Cf. OSCAR LEWIS, *La Vida: A Puerto Rican in the Culture of Poverty*, Nova Iorque, Random House, 1966.

para a condição de classe ser o último factor invocado para explicar a pobreza e a impotência social³⁵.

Quando não o é, assume por vezes contornos *sui generis* como na noção de *underclass*³⁶, desenvolvida para caracterizar o sub-proletariado dos *ghettos* urbanos americanos afectados pela desindustrialização e pelo desemprego, pelo estilhaçamento das estruturas familiares e principalmente pelo isolamento social. Nesta noção são sublinhados quer os aspectos colectivos da exclusão social e simbólica a que o *ghetto* é votado como um todo, quer, na esteira de Lewis, os aspectos culturais da organização da sobrevivência que nele emergem como reacção a essa exclusão. A centralidade assumida nesse contexto pelo conceito de *underclass* ilustra uma tradição de abordagem anglo-americana em que os pobres figuram menos como um agregado estatístico de indivíduos do que como uma categoria social com conteúdo ontológico.

No extremo oposto situa-se um outro tipo de equívocos, em que incorreram precisamente alguns dos críticos de Lewis³⁷ ao encararem a reprodução das relações de classe apenas como o efeito mecânico, directo e sobre-determinado das estruturas de desigualdade. Várias etnografias têm mostrado não ser assim ao colocarem em relevo os processos de ordem cultural implicados nessa reprodução³⁸. Para mais, a antropologia abandonou há muito a noção reificante de cultura³⁹ que governou a ideia de “cultura da pobreza”, e que a distinção analítica entre “cultura” e “resposta situacional” – uma primeira tentativa para resolver os problemas que tal noção encerrava – não contribuiu para superar. Essa distinção viera, em vez disso, criar uma falsa dicotomia, uma vez que a cultura não deve ser entendida como um arcano núcleo fixo de valores, mas como um processo ligado à actividade social, sendo, por conseguinte, também ela em boa medida contextual e recriada continuamente na prática.

É nesta linha que abordagens recentes empreenderam analisar modos de vida ligados à pobreza como representando mais do que uma resposta passiva

³⁵ Cf. SHIRLEY ORTNER, “Identities: The hidden life of class”, in *Journal of Anthropological Research*, vol. 54, n.º 1, 1998, pp. 1-17.

³⁶ Cf. WILLIAM JULIUS WILSON, *The Truly Disadvantaged*, Chicago, The Chicago University Press, 1987.

³⁷ E.g. CHARLES VALENTINE, *Culture and Poverty: Critique and Counter Proposals*, Chicago, The Chicago University Press, 1966; ANTHONY LEEDS, “The concept of the culture of poverty: Conceptual, logical, and empirical problems, with perspectives from Brazil and Peru”, in E. Leacock (ed.), *The Culture of Poverty: A Critique*, Nova Iorque, Simon and Schuster, 1971, pp. 226-284.

³⁸ E.g. LEO HOWE, *Being Unemployed in Northern Ireland: An Ethnographic Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; PAUL WILLIS, *Learning to Labour: How Working Class Kids Get Working Class Jobs*, Londres, Saxon House, 1977.

³⁹ Para um tratamento em pormenor, cf. MANUELA P. DA CUNHA, “As duas faces da cultura: Usos e sentidos de uma noção”, in Jean-Yves Durand e H. Martins (orgs.), *Olhares e Ofícios de Antropólogos em Espanha e Portugal*, Picote, Ed. Frauga, 2015, pp. 269-291.

a constrangimentos estruturais e como sendo susceptíveis de exacerbar uma marginalidade social imposta por esses constrangimentos⁴⁰. A recuperação da ideia de “orientação para o presente” é central nessas abordagens, ainda que os riscos de reificação e de sociocentrismo, há muito identificados por Elliot Liebow⁴¹, não estejam definitivamente arredados⁴². Em todo o caso, estão atentas ao terceiro risco analítico referido, isto é, o de reduzir as diferenças culturais às diferenças sociais.

Um outro domínio onde sobressaiu a tendência para atentar à dimensão social em detrimento da cultural é o domínio da saúde e da doença. No entanto, é precisamente a dimensão cultural que pode permitir compreender diferenças de conduta das quais a dimensão propriamente sociológica não é suficiente para dar conta. Não é ceder a um culturalismo estéril, nem tal implica obliterar os aspectos sociais e históricos, reconhecer a importância dessa dimensão, onde se incluem por exemplo os valores e as representações veiculados pela origem religiosa, que marcam comportamentos em âmbitos tão variados como a relação com o corpo, a doença, os médicos e os medicamentos, tal como informam a relação com a escrita, o saber e a autoridade⁴³. É assim que é possível dar conta de divergências significativas constatadas no seio de um mesmo meio social, ou em meios sociais equivalentes, entre indivíduos associados a categorias culturais diferentes, do mesmo modo que se pode perceber tendências semelhantes, atestadas por recorrências no interior do mesmo meio cultural, que são transversais a uma população heterogénea em termos sócio-económicos, educacionais, profissionais, ou de meio rural/urbano.

5. Diferença e desigualdade linguísticas

Esta mesma população manifesta uma variedade de práticas linguísticas informadas por e informando diferenças sociais e culturais que são tomadas como causas ou justificações de diversas desigualdades. A unidade genética da espécie humana não é senão pouco a pouco admitida, mas encontra-se frequentemente a ideia afirmando a existência de uma língua original que se teria ramificado. Ora é plausível que as famílias de línguas tenham origens múltiplas, instâncias diversas de realização de uma universal capacidade humana para a linguagem. Seja como for, a variedade de alguns milhares de línguas da humanidade é

⁴⁰ Cf. SOPHIE DAY, EYHYMIOS PAPATAXIARCHIS e MICHAEL STEWART (eds.), *Lilies of the Field: Marginal People Who Live for the Moment*, Boulder, Westview Press, 1999.

⁴¹ Cf. ELLIOT LIEBOW, *Tally's Corner: A Study of Negro Streetcorner Men*, Boston, Little, Brown and Company, 1967.

⁴² Cf. MANUELA P. DA CUNHA, *Entre o Bairro e a Prisão: Tráfico e Trajectos*, op. cit.

⁴³ Cf. SYLVIE FAINZANG, *Médicaments et Société*, Paris, P.U.F, 2001.

patente. A estimativa flutua segundo os critérios escolhidos como, por exemplo, a distinção língua/dialecto, cujos usos políticos podem ilustrar a hierarquização social das diferenças linguísticas.

Assentes nesta proliferação diferença interlinguística sincrónica, as teorias do relativismo linguístico mais destacadas encontram-se nas ideias de Wilhem von Humboldt e na hipótese Sapir-Whorf segundo as quais, muito sumariamente, a língua de um indivíduo determina a sua visão do mundo. Controversas e, nas suas versões radicais, contraditas nomeadamente pela possibilidade da tradução, estas ideias têm equivalentes em vários lugares comuns. Da mesma maneira que o racismo escapa dificilmente ao racismo, é raro que estes não sejam hierarquizadores. Louvar a “musicalidade” de um idioma ou a aptidão para a filosofia de um outro, é traçar os limites de uma alteridade da qual, segundo o senso comum ou as teorias substancialistas da etnicidade, a língua é um marcador forte. A este respeito, uma diferença ténue basta para trair a xenidade de um locutor: segundo a Bíblia, (Juizes, 12), a pronúncia da palavra *shibboleth* com um [s] inicial denunciou 42 000 homens de Efraim aos guileaditas, que os executaram. E os gregos aplicavam o termo onomatopéico “bárbaro” a quem não falava a sua língua: diversamente da pele, signo porém privilegiado pelo racismo, a língua pode ser “estrangeira” e assim motivar uma exclusão. Alguns sociolectos visam reforçar desigualdades estatutárias: um calão quer-se discriminador. Um idioma artificial de vocação universal (*volapük*, esperanto, etc.) tem ao invés um objectivo de indiferenciação, confiando na incidência dos factores linguísticos sobre os factos sociais.

Efectivo ao nível individual e colectivo, o sentimento de enraizamento identitário na língua materna vê-a de maneira frequentemente estática e acompanhada de uma ilusória homogeneidade linguística do grupo que o locutor considera seu. A linguística dos contactos⁴⁴ mostrou no entanto que o unilinguismo homogéneo é raro, nomeadamente com o estudo das sociedades da Ásia, das crioulizações, do *code-switching*, da interiorização pelos seus locutores da imagem negativa de um idioma socialmente dominado. A noção alargada⁴⁵ de diglossia⁴⁶ designa neste caso o estatuto desigual de duas línguas usadas num mesmo grupo. A intensificação dos movimentos migratórios torna estes fenómenos, já afirmados nos universos peri-índico e pacífico, mais visíveis no mundo ocidental. Estes vêm articular-se com diferenças intralinguísticas (de classe, de género, de idade, regionais, contextuais, etc.) das quais a sociolinguística fez o seu objecto principal, nomeadamente sob o impulso de Labov e primeiro

⁴⁴ Cf. URIEL WEINREICH, *Languages in Contact: Findings and Problems*, Nova Iorque, Linguistic Circle of New York, 1953.

⁴⁵ Cf. JOSHUA ISHMAN, “Bilingualism with and without diglossia; diglossia with and without bilingualism”, in *Journal of Social Issues*, vol. 23, n.º 2, 1967, pp. 29-38.

⁴⁶ Cf. CHARLES FERGUSON, “Diglossia”, in *Word*, vol. 15, n.º 2, 1959, pp. 325-340.

em contextos monolíngues, observando as correlações entre variação linguística e estratificação social.

Na sua hipótese do *défi*ce, Bernstein⁴⁷ considera que o insucesso escolar de certas crianças negras das classes populares norte-americanas advém de receberem dos seus pais um código restrito diferente do código elaborado utilizado pelos professores, ou, caso disponham do último, de não fazerem uso dele. Alimentando por vezes preconceitos racistas, estas ideias puderam levar a concluir que esta “carência verbal” acarreta uma deficiência cognitiva para tratar a abstracção, e o seu sucesso desembocou em acções de compensação educativa. De facto, a intervenção política na língua visa a gestão das diferenças sociais e culturais: definir uma língua oficial; exigir o seu domínio; apoiar ou reprimir uma língua dominada; controlar a inovação lexical; promover, sobretudo, a integração da norma falada e escrita (o alfabeto pode diferenciar línguas próximas, como o sérvio e o croata, ou marcar uma opção ideológica: a escolha, contra o islão, do alfabeto latino da Turquia; as dificuldades e os debates acompanhando a questão do “Acordo Ortográfico” são claros exemplos disso). Ora o analfabetismo é um factor de desigualdade social dada a valorização instrumental da escrita pelo modelo técnico-económico dominante, não devido a diferenças essenciais entre escrita e oralidade. E a evolução fonética acarreta uma inadequação progressiva da ortografia, cuja aprendizagem dos aspectos funcionalmente caducos se torna por sua vez um critério de selecção escolar. A linguística tem tardado a ver na escrita mais do que uma representação da oralidade. Mas se Goody⁴⁸ trata do efeito da representação gráfica nos processos cognitivos, é sem julgar as aptidões próprias das línguas com escrita ou puramente orais, do mesmo modo que as teorias relativistas não hierarquizam. Discernir o alcance cognitivo inerente aos diversos códigos de uma língua procede do sociocentrismo das classes médias: os alunos que não *atingem* a norma do código elaborado sofrem de um *défi*ce. Labov⁴⁹ mostra que estas crianças de facto usam perfeitamente conceitos abstractos em discursos formulados em código restrito. A diferença linguística não é em si própria a causa da desigualdade escolar.

Resta que a diferentes origens de classe correspondem, segundo os contextos, diferentes relações com o repertório de códigos e mesmo com o *habitus* linguístico. A etnografia da *performance* comunicativa, da “agência”, e a sociolinguística da interacção são, portanto, necessárias, em articulação

⁴⁷ Cf. BASIL BERNSTEIN, *Class, Codes, and Control*, vol. 1, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1971.

⁴⁸ Cf. JACK GOODY, *The Domestication of the Savage Mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977.

⁴⁹ Cf. WILLIAM LABOV, “The logic of nonstandard English”, in AAVV, *Language in the Inner City: Studies in the Black English Vernacular*, Filadélfia, University of Pennsylvania Press, 1972, pp. 201-240.

com uma crítica da gênese social da língua. As trocas linguísticas não são mais igualitárias do que a de outros bens simbólicos⁵⁰ e uma economia política da tradução e da interpretação ajuda a pôr em evidência os seus alicerces e as suas dinâmicas, muitas vezes amplificadas pelas tecnologias digitais⁵¹. As ciências sociais encontram aliás aqui uma oportunidade para a reflexividade: traduções, citações, pressa ou reticência na adaptação de conceitos (como, nos últimos tempos *embodiment* ou *agency*) mostram o papel das diferenças linguísticas na gestão dos capitais simbólicos desiguais das diversas “escolas” nacionais no campo disciplinar mundial.

⁵⁰ Cf. PIERRE BOURDIEU, *Ce que Parler Veut Dire: L'Economie des Échanges Linguistiques*, Paris, Fayard, 1982.

⁵¹ Cf. MICHAEL CRONIN, *Translation and Globalization*, Londres, Routledge, 2003; IDEM, *Translation in the Digital Age (New Perspectives in Translation and Interpreting Studies)*, Londres, Routledge, 2012.

A RELEVÂNCIA DOS CONCEITOS NO DIREITO INTERNACIONAL

Maria de Assunção do Vale Pereira¹

1. Apresentação

A chamada “crise dos refugiados” com que a Europa se vê a braços² é constantemente reportada nos meios de comunicação social. E é a propósito das

¹ Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Refira-se que, à luz da Convenção de Genebra sobre o estatuto dos refugiados, de 1951 (com a alteração decorrente do Protocolo Adicional à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1967), muitas dessas pessoas, genericamente designadas como refugiados, não cabem na noção que dela consta, que, em termos gerais, limita esse estatuto a qualquer pessoa “[q]ue receando, com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar”. Sendo certo que noutros continentes – nomeadamente em África – o termo refugiado foi alargado “a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade” (n.º 2 do artigo I da Convenção da Organização de Unidade Africana que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África, de 1969), não se verificou idêntico alargamento do conceito na Europa. Em contrapartida, foi criada a figura de “pessoa elegível para proteção subsidiária”, que é o “nacional de um país terceiro ou um apátrida que não possa ser considerado refugiado, mas em relação ao qual se verificou existirem motivos significativos para acreditar que, caso volte para o seu país de origem ou, no caso de um apátrida, para o país em que tinha a sua residência habitual, correria um risco real de sofrer ofensa grave na aceção do artigo 15.o, e ao qual não se aplique o artigo 17.o, n.os 1 e 2, e que não possa ou, em virtude dos referidos riscos, não queira pedir a proteção desse país” [artigo 2.º, alínea f), da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011], que beneficia de proteção idêntica à do refugiado. Obviamente, podem chegar entre os que procuram a Europa, pessoas que não caibam no conceito de refugiado (desde logo por não haver esse receio de perseguição personalizado pelas razões referidas), mas que merecem proteção por correrem um risco real de sofrer ofensa grave, como seguramente acontece se permanecerem em países como a Síria, atenta a situação que aí se vive.

notícias que nos vão chegando e da forma como nos vão sendo transmitidas que nos pareceu oportuno fazer uma breve reflexão. A verdade é que nos deparamos constantemente com a utilização de vocábulos e expressões, usados como equivalentes e que na verdade têm um significado próprio que entendemos dever ser esclarecido para que quem trate destas questões com seriedade não seja tentado a seguir aquele padrão pouco cuidado. Referimo-nos à menção de vocábulos e expressões como “fundamentalismo”, “fundamentalismo religioso”, “fundamentalismo *jihadista*”, “terrorismo”.

Foi a consciência desta realidade que nos levou a escrever estas breves linhas, explicitando o conteúdo de conceitos que, cremos, não devem ser confundidos.

2. O conceito de fundamentalismo e a sua origem

Em primeiro lugar, tenhamos em conta que o fundamentalismo nos é hoje apresentado como associado a uma atitude violenta – sendo certo que essa violência se traduz frequentemente em atos de terrorismo – justificada à luz dos cânones de uma religião. A este propósito, cabe perguntar: quando se começa a falar de fundamentalismo, e em que sentido?

O termo começa a ser usado para descrever uma tendência conservadora do Protestantismo, que se desenvolveu nos Estados Unidos, de 1870 a 1925. Concretamente, o nome decorre de uma série de panfletos com o título *The Fundamentals: A Testimony of the Truth*, publicados entre 1910 e 1915, em que se afirmavam os aspetos fundamentais, não negociáveis, da fé cristã, tal como acordados pelos líderes conservadores da época. Portanto, tratava-se de um movimento que se cingia ao campo religioso, combatendo visões mais atualistas da fé e pretendendo preservar entendimentos mais conservadores e intransigentes. Ou seja, “os fundamentalistas dessa época opunham-se militantemente à modernização da fé cristã, e opunham-se militantemente a mudanças culturais sufragadas pelo modernismo”³.

Toda esta discussão teve como um dos aspetos fundamentais o da compatibilidade da teoria evolucionista, de Charles Darwin, com a fé cristã, questão que chegou mesmo a merecer a atenção de um tribunal do Tennessee, Estados Unidos, em 1925⁴. Depois deste caso, o movimento fundamentalista perdeu o

³ Cf. MICHAEL O. EMERSON e DAVID HARTMAN, “The rise of religious fundamentalism”, in *Annual Review of Sociology*, vol. 32, 2006, p. 132.

⁴ Num caso (*State v. John Scopes*, que ficou conhecido como “The Monkey Trial”) em que um professor de biologia do ensino secundário foi acusado de violar uma lei do Tennessee que proibia o ensino da teoria evolucionista. Ao que parece, o dito professor teria concordado em ser julgado por violação da dita lei, como meio de atrair a atenção para a questão, o que terá sido conseguido,

seu vigor, embora a razão não mereça interpretação unânime nos autores. Segundo uns, “os fundamentalistas americanos foram publicamente humilhados [e], depois de uma derradeira agitação política descoordenada, foram forçados a retrair-se devido ao desprezo nacional”⁵. No entanto, há quem considere que essa retração se deveu sobretudo ao facto de, logo após o referido julgamento, ter falecido o carismático líder do grupo, Bryan, gerando um vazio de liderança que nunca foi colmatado⁶.

Portanto, o fundamentalismo não era mais do que uma corrente religiosa que se opunha a interpretações distintas em relação a determinadas matérias de fé⁷. Revelava uma intolerância em relação a interpretações diferentes dessas questões, mas a isso se limitava. Ou seja, essa intolerância nunca se traduziu no recurso à força ou no apelo ao recurso à força, por um lado; nem nunca teve um cunho político definido – isto é, atendendo à mais importante divisão política dos Estados Unidos, não pode dizer-se que o grupo era apenas constituído por conservadores ou por democratas –, por outro.

E, sendo certo que, no caso, o fundamentalismo aparece associado à religião, o conceito de fundamentalismo não tem de ter necessariamente essa dimensão. Sendo certo que a noção de fundamentalismo não é uniforme nos autores, considerando muitos sociólogos que se trata de um conceito que só pode ser entendido na modernidade – ou seja, que tem uma dimensão temporal marcada⁸ – e não podendo nós, neste trabalho, aprofundar os diferentes entendimentos do conceito, limitamo-nos ao sentido da palavra na língua portuguesa, verificando que, de acordo com o *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa*, fundamentalismo significa “atitude de intransigência ou rigidez na obediência a determi-

uma vez que o facto de grandes juristas da época terem aceitado representar cada uma das partes levou a que a imprensa se focasse no referido caso. Acerca deste julgamento, cf. DOUGLAS O. LINDER, “State v. John Scopes («The Monkey Trial»)”, texto disponível em <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/scopes/evolut.htm> [23.05.2016].

⁵ Cf. MARK EDWARDS, “Rethinking the failure of fundamentals political antievolutionism after 1925”, in *Fides et Historia*, vol. 32, 2000, p. 89 (interpolação nossa). Este entendimento é subscrito por Emerson e Hartman, que afirmam: “os fundamentalistas passaram de membros respeitados da sociedade a um grupo ridicularizado, pelo que passou a questão essencialmente reduzida ao seu mundo privado, onde permaneceram por muitas décadas”. Cf. MICHAEL O. EMERSON e DAVID HARTMAN, “The rise of religious fundamentalism”, *op. cit.*, p. 132.

⁶ É o entendimento defendido por MARK EDWARDS, “Rethinking the failure of fundamentals political antievolutionism after 1925”, *op. cit.*, pp. 89-106.

⁷ Ou seja, por esta época, o fundamentalismo protestante não era tanto uma batalha contra o Estado secular, mas mais uma luta intrarreligiosa com outras pessoas e organizações protestantes desse país, que tentavam modernizar o protestantismo, numa visão progressista. Cf. MICHAEL O. EMERSON e DAVID HARTMAN, “The rise of religious fundamentalism”, *op. cit.*, p. 132.

⁸ Nesse sentido, cf. MICHAEL O. EMERSON e DAVID HARTMAN, “The rise of religious fundamentalism”, *op. cit.*, p. 129, explicitando o entendimento de diferentes autores nas pp. 130-131.

nados princípios ou regras”⁹. É a ideia de intransigência, de intolerância com o que é diferente, que aparece como nodular do conceito de fundamentalismo. E assim, se o fundamentalismo pode ser religioso, também pode surgir a nível político, de doutrinas aos mais diferentes níveis, conduzindo sempre à intolerância em relação ao que é diferente¹⁰.

Vamos, em termos breves, abordar algumas vertentes do fundamentalismo religioso e político.

2.1. Fundamentalismo religioso

No que se refere ao fundamentalismo religioso, diga-se que, a partir do final da década de 70 do século XX, se assiste a uma nova emergência do fenómeno, revelada, desde logo, na revolução iraniana que afastou um líder secular (o Xá Reza Pahlavi) e colocou no poder um líder religioso – ayatollah Khomeini –, transformando o Irão numa república islâmica teocrática, no que foi visto como “o primeiro indicador inequívoco de um fenómeno crescente”¹¹.

E a verdade é que hoje nos deparamos com um claro recrudescimento do fenómeno, como muitas vezes acontece em épocas de crise como a que vivemos. Nesta vaga de fundamentalismo religioso – parte do qual violento –, podemos discernir alguns elementos característicos¹². Assim, verifica-se, por parte dos movimentos fundamentalistas, uma forte reatividade à marginalização da religião, ou seja, ao afastamento da tradição religiosa pela modernização e secularização¹³; por outro lado, verifica-se que os fundamentalistas acentuam aspetos

⁹ “Fundamentalismo”, in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* [em linha], 2008-2013, texto disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/fundamentalismo> [08.03.2016].

¹⁰ Recorde-se, meramente a título de exemplo, o genocídio que teve lugar no Ruanda entre 6 de abril e 4 de julho de 1994, de que decorreram centenas de milhares de mortos e mais de dois milhões de deslocados. E deve atentar-se em que o Tribunal Penal Internacional para o Ruanda concluiu pela verificação de um genocídio, apesar de sustentar não existirem *objetivamente* duas etnias diferentes. Reconhecendo a existência de “um certo número de fatores objetivos que fazem desse grupo uma entidade dotada de uma identidade distinta”, o que levou a que “os tutsis [fossem] vistos como formando um grupo étnico distinto por aqueles que os identificavam como alvo a abater”, concluindo: “existe um certo número de fatores objetivos que fazem desse grupo uma entidade dotada de uma identidade distinta” (Caso ITR-96-4-T (*Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*), Sentença da 1.ª Câmara, pars. 170, 171 e 122). Sobre esta questão, cf. MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 670-673.

¹¹ Cf. MICHAEL O. EMERSON e DAVID HARTMAN, “The rise of religious fundamentalism”, *op. cit.*, p. 132.

¹² Baseamo-nos fundamentalmente no estudo de MICHAEL O. EMERSON e DAVID HARTMAN, “The rise of religious fundamentalism”, *op. cit.*, p. 134, de que selecionamos alguns aspetos.

¹³ A propósito, refira-se que, se encontramos, na Europa, uma associação entre modernização e

selecionados da tradição (essencialmente aqueles que os distinguem da corrente principal dessa religião); por outro lado ainda, têm uma visão absolutista e de infalibilidade dos textos da tradição, sendo certo que privilegiam um texto ou um conjunto de texto sobre os demais, fazendo deles a interpretação que se molda ao que pretendem afirmar. Têm também uma visão dualista do mundo, dividido em bons e maus, em luz e trevas, assim como uma visão messiânica do fim do mundo.

Por outro lado, em termos organizacionais, diga-se que os membros destes grupos se veem como eleitos, escolhidos; que esses grupos têm fronteiras perfeitamente definidas, no sentido de que os membros da sociedade ou pertencem a esse grupo ou não, não havendo hipótese de confusão; que se trata de grupos organizados em torno de um líder carismático, visto como alguém escolhido pela divindade e com acesso privilegiado a ela; em que são definidas exigências comportamentais aos mais diversos níveis (alimentação, bebida, vestuário, sexualidade,...).

Cabe perguntar por que razão vivemos uma época em que o fundamentalismo religioso – e particularmente o fundamentalismo violento de grupos como a Al-Qaeda ou o ISIS/DAESH – está tão vigoroso. Efetivamente, podemos identificar alguns fatores que ajudam a explicar este fenómeno, embora existam certamente outros. Nesse sentido, podemos referir, a nível das relações internacionais, o facto de se terem verificado algumas intervenções militares, escudadas sob diferentes pretextos (“humanitárias”, “democráticas” ou outros argumentos invocados numa tentativa – a nosso ver, vã – de afirmar a sua licitude) que contribuíram para o fenómeno. Nesse sentido, pense-se na intervenção americana no Afeganistão, em 2001; na intervenção de uma coligação de Estados liderada pelos Estados Unidos no Iraque, em 2003¹⁴; ou no uso da força pela NATO na Líbia, em 2011¹⁵; e na situação de caos que deixaram atrás de si, que muito con-

secularização, o mesmo não acontece no continente americano. Aliás, a situação da Europa nesta matéria é referida, no artigo de Emerson e Hartman que temos referido como “European Exceptionalism”.

¹⁴ Acerca deste caso, cf. MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, op. cit., pp. 803-856.

¹⁵ Neste caso não falamos em intervenção, uma vez que se tratou de uma ação autorizada pelo Conselho de Segurança através da resolução 1973 (2011), em cujo par. 4 do dispositivo se lê: “Autoriza os Estados Membros que dirigiram, ao Secretário-Geral, uma notificação nesse sentido a, atuando a título nacional ou no quadro de organismos ou acordos regionais e em cooperação com o Secretário-Geral, tomar todas as medidas necessárias, não obstante o parágrafo 9 da resolução 1970 (2011), para proteger as populações e zonas civis ameaçadas de ataque na Jamahiriya Árabe Líbia, incluindo Benghazi, excluindo o estabelecimento de uma força de ocupação estrangeira, qualquer que seja a sua forma e em qualquer parte do território líbio, e solicita aos Estados Membros que informem imediatamente o Secretário-Geral das medidas que tenham adotado em virtude dos poderes que para eles decorrem do presente parágrafo e que serão imediatamente transmitidas ao Conselho de Segurança”. O grande problema desta atuação é que, se foi autorizada “para proteger as populações e zonas civis ameaçadas de ataque”, não parece ter sido esse o objetivo – ou, pelo

tribuiu para a radicalização da sociedade. Basta pensar que, em consequência da intervenção no Iraque e da falta de estabilização da sociedade iraquiana, bem como do facto de ser instituído uma maioria xiita no poder¹⁶, se verificou que muitos dos oficiais sunitas do exército de Saddam Hussein optaram por engrossar as fileiras do DAESH; ou que a atuação na Líbia deixou o território líbio numa situação do que costuma apelidar-se de “Estado falhado” (apesar das críticas de que a expressão tem sido alvo) e, em consequência, um território aberto para todo o tipo de tráficos (de drogas, de armas, de pessoas...).

Há também que ter em conta que nos encontramos numa fase de alteração profunda da estrutura da sociedade por graus, que conhecíamos pelo menos desde a Idade Média. Se por essa época a sociedade estava estruturada em clero, nobreza e povo, essa estrutura alterou-se passando a falar-se em aristocracia, burguesia e operariado ou ainda em classe alta, média e baixa. A verdade é que hoje estamos numa sociedade em que 1% da população detém mais de 99% da riqueza a nível mundial¹⁷. Isto conduz ao fim da convicção de que funcionava o se tem designado por “ascensor social”, que se traduzia na ideia de que os esforços de cada geração conduziam a uma melhoria nas condições de vida da geração seguinte¹⁸. Obviamente, o referido fosso crescente entre ricos e pobres, que põe em causa a subsistência da classe média, gera revolta e favorece fundamentalismos (religiosos e não só).

Um outro aspeto a que deve atender-se é o facto de a globalização que caracteriza a nossa época se traduzir também ao nível das comunicações. E, se os movimentos fundamentalistas consideram que a modernização põe em causa a tradição religiosa, a verdade é que usam com perícia os meios tecnológicos que a modernidade proporciona na divulgação da sua mensagem. E é também certo que essa mensagem penetra bem em sociedades desestruturadas ou em que grassa a revolta com o *status quo*. Nesse sentido, pense-se na eficácia das emissões do ISIS¹⁹.

menos, o objetivo principal – dos Estados que nela participaram. Nesse sentido, cf. MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, “Intervenção humanitária e intervenção democrática: Recurso à força para garantir direitos fundamentais?”, in Patrícia Jerónimo (org.), *A Primavera Árabe e o Uso da Força nas Relações Internacionais*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 101-122.

¹⁶ Por via das eleições de 31 de janeiro de 2005, em que não conseguimos ver um ato verdadeiramente democrático, como deixamos afirmado em MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, *A Intervenção Humanitária no Direito Internacional Contemporâneo*, op. cit., pp. 837-838.

¹⁷ Veja-se “Oxfam: Riqueza de 1% da população superou a dos restantes 99% em 2015”, texto disponível em http://www.jornaldenegocios.pt/economia/detalhe/oxfam_riqueza_de_1_da_populacao_superou_a_dos_restantes_99_em_2015.html [20.01.2016].

¹⁸ No fundo, a ideia de que o agricultor tinha trabalhado para que o seu filho fosse empregado de escritório ou comerciante e que o filho deste já seria um licenciado, com acesso aos diferentes confortos da vida moderna.

¹⁹ Refira-se que o dito Estado islâmico possui uma organização bastante estruturada, com o equiva-

E se pensamos nos Estados europeus, temos de ter consciência de que o conceito de Estado tradicional está longe de corresponder à realidade, atendendo a que outras entidades também ditam “a lei” nesses países, verificando-se um intenso pluralismo jurídico²⁰; por outro lado, a informação circula livremente, já não tendo dimensão nacional e mesmo os autolimites nas redes sociais baixaram muito, não havendo controlo sobre acesso a conteúdos nem mesmo de pais para filhos, não sabendo aqueles a que conteúdos os filhos acedem²¹, fatores que dificultam qualquer tentativa de restringir a disseminação da mensagem de intolerância e de apelo à radicalização.

2.2. Fundamentalismo político

Se o termo fundamentalismo surgiu, como vimos, associado a uma vertente religiosa, a intransigência e intolerância que o mesmo implica surgiram também noutros campos, como o campo político, onde assumiu muitas vezes, dimensões de uma enorme violência.

E não precisamos de recuar muito na História para sermos confrontados com esse tipo de situações. O século XX ofereceu-nos à sociedade exemplos de fundamentalismo e intolerância face ao diferente, em muitos casos de uma atroz violência. E, nesse sentido, a nossa memória imediatamente nos faz apelo ao regime nazi e ao seu preconceito e inflexibilidade face ao que era visto como diferente – e inferior – que, de forma mais evidente, se afirmou em relação aos judeus que, pelo simples facto de o serem, não tinham direito à vida, tendo sido condenados – obviamente, não judicialmente – em massa, embora outros grupos, etnicamente distintos, fossem igualmente alvo das suas perseguições. No caso, o fundamentalismo violento desse regime conduziu a uma das mais cruéis guerras que a Humanidade conheceu.

Mas, não necessitamos de atingir essa dimensão bélica para sermos confrontados com casos em que a intolerância – ou seja, o fundamentalismo – política violenta se traduziu em situações gravíssimas de violações dos direitos do homem, designadamente do próprio direito à vida. Basta pensar na “Revolução Cultural Chinesa”, liderada por Mao Tsé-Tung: uma campanha de enorme

lente a ministérios, dos quais um dos mais fortes é precisamente aquele que poderíamos designar como o da Propaganda.

²⁰ Quer de origem internacional, quer de origem na União Europeia; ou ainda, a nível infraestadual, de origem em Estados federados, regiões administrativas, ...

²¹ Um estudo da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), intitulado *Estudo de Receção dos Meios de Comunicação Social* revela isso mesmo. Texto disponível em [203](http://www.erc.pt/download/YToyOntzOjg6ImZpY2hlaXJvIjtzOjM4OjIjZWVpYS9lc3R1ZG9zL29iamVjdG9fb[31.01.2010].</p></div><div data-bbox=)

violência que visava neutralizar a oposição, oriunda de alguns setores menos radicais do Partido Comunista Chinês, face ao fracasso da política do Grande Salto em Frente que, visando modernizar a economia chinesa, acabou dando origem a milhões de mortes e doenças em consequência da fome. A Revolução Cultural Chinesa, de cujo início se celebra, no corrente ano, o cinquentenário²², começou por encorajar a revolta dos estudantes, do que resultou uma geração de adolescentes e jovens formados para lutar contra os inimigos do regime, que constituíram um grupo paramilitar conhecido como “Guardas Vermelhos” que, para além de se ter dedicado à destruição/vandalização de importantes bens culturais chineses (livros, museus), se tornou crescentemente violento. A Revolução Cultural passou depois por outras fases (nomeadamente, a de obrigar estudantes que terminavam o ensino médio e viviam em cidades a ir para o campo ou a da purga de militares de alta patente após a morte do General Lin Biao)²³. Segundo se lê no *The Guardian*, “[a] sua complexidade desconcertante e brutalidade quase insondável era tal que até hoje os historiadores se esforçam para discernir um sentido em tudo o que ocorreu durante esse período”²⁴.

A Revolução Cultural foi formalmente rejeitada em termos absolutos através da *Resolution on certain questions in the history of our party since the founding of the People's Republic of China*, adotada em 1981 pelo Partido Comunista Chinês²⁵. E, no jornal oficial *Global Times*, de 17 de maio de 2016, pode ler-se: “Negar completamente os valores da Revolução Cultural não é apenas um entendimento de todo o partido, mas também um consenso estável de toda a sociedade chinesa. [Não] é possível uma tal revolução ser repetida. A década de calamidade causou danos severos, deixando uma dor permanente em muitos chineses”²⁶.

²² O início da dita Revolução Cultural é situado, por muitos historiadores, no dia 16 de maio de 1966, data em que Mao Tsé-Tung divulgou, numa conferência em Pequim, a “notificação de 16 de maio”, em que advertia que inimigos da causa comunista se tinham infiltrado no partido com a intenção de restaurar o capitalismo e, em termos resumidos, estabelecia a justificação ideológica da Revolução Cultural. Cf. “China’s Cultural Revolution – 1966: The May 16 Notification”, texto disponível em <http://laurenream.github.io/culturalrevolution/may16notification.html> [17.05.2016].

²³ Para algum desenvolvimento sobre este período da história chinesa, cf. JUNG CHANG e JON HALLIDAY, *Mao: A História Desconhecida*, Lisboa, Bertrand Editora, 2005.

²⁴ Cf. TOM PHILIPS, “The Cultural Revolution: All you need to know about China’s political convulsion”, in *The Guardian*, edição de 11 de maio de 2016, texto disponível em <http://www.theguardian.com/world/2016/may/11/the-cultural-revolution-50-years-on-all-you-need-to-know-about-chinas-political-convulsion> [17.05.2016].

²⁵ Atribuindo a responsabilidade daquela política – e também das suas consequências – a Mao Tsé-Tung, o Partido Comunista Chinês pretendia dela demarcar-se.

²⁶ “Society firmly rejects Cultural Revolution” (interpolação nossa); texto disponível em <http://www.globaltimes.cn/content/983375.shtml> [17.05.2016].

Identicamente, se pensarmos na era em que Josef Stalin liderou a União Soviética nos deparamos com um violentíssimo fundamentalismo que conduziu a que qualquer discordância ou dissidência política (real ou presumida/induzida) fosse sancionada com o envio para campos de concentração e trabalhos forçados – os tristemente célebres *gulags* – com condições muito penosas, onde os alegados dissidentes passavam fome e frio, e eram sujeitos a trabalho que se pode considerar trabalho escravo e a tortura. Esta realidade tornou-se conhecida da opinião pública ocidental, sobretudo através do testemunho – muitas vezes publicado em obras com descrições arrepiantes dos sofrimentos infligidos aos detidos, que tiveram grande divulgação²⁷ – de dissidentes que conseguiram escapar, dos *gulags* da Sibéria, do Cazaquistão e muitos outros locais da URSS. Neles, os opositores ao regime – muitos deles marxistas – eram sujeitos a tortura com vista a serem silenciados. Martin Malia refere alguns números esclarecedores: 6 milhões de mortos durante a fome da coletivização de 1932-33, 720.000 execuções durante a Grande Purga, 7 milhões de pessoas entraram nos *gulags* (de que morreu um elevado número) nos anos de 1939-41 e 2.750.000 ainda lá se encontravam aquando da morte de Estaline²⁸.

Infelizmente, o século XX proporcionou-nos múltiplos casos de violência brutal decorrentes de fundamentalismo político, de que não poderemos tratar neste artigo. Fica uma breve referência à “mais demente derivação de toda esta tradição [com referência a Stalin e Mao] que foi a dos Khmers Vermelhos de Pol Pot, de 1975-1979; porque esta violência contra a civilização urbana, “burguesa” nada mais expressava do que uma ambição de impelir o exíguo Camboja para além das realizações de Mao na linha de frente da revolução mundial”²⁹. Efetivamente, como refere Margolin, Pol Pot implementou aquela “que foi talvez a mais radical transformação social: a tentativa de implementar o Comunismo total de uma só penada, sem o longo período de transição que parece ser um dos princípios da ortodoxia marxista-leninista. A moeda foi abolida numa semana; a total coletivização foi conseguida em menos de dois anos; as distinções sociais foram

²⁷ Pense-se em Aleksandr Solzhenitsyn e nas suas obras *O Arquipélago de Gulag* ou *O Pavilhão dos Cancerosos*.

²⁸ Cf. MARTIN MELIA, “Foreword: The use of atrocity”, in Stéphane Courtois *et al.* (eds.), *The Black Book of Communism: Crimes, Terror, Repression*, Londres, Cambridge University Press, 1999, p. xviii. Acerca dos horrores da era Stalin, veja-se, na mesma obra, NICOLAS WERTH, “A State against its people: Violence, repression, and terror in the Soviet Union”, pp. 33-268; ou ainda, NICOLAS WERTH, *Cannibal Island: Death in a Siberian Gulag*, Princeton, Princeton University Press, 2007.

²⁹ Cf. MARTIN MELIA, “Foreword: The use of atrocity”, *op. cit.*, p. xix. No mesmo sentido, Jean-Louis Margolin afirma que “Pol Pot acreditava que seria entronizado acima dos seus gloriosos antecessores – Marx, Lenin, Stalin, Mao Zedong”. Cf. JEAN-LOUIS MARGOLIN, “Cambodia: The country of disconcerting crimes”, in Stéphane Courtois *et al.* (eds.), *The Black Book of Communism: Crimes, Terror, Repression*, Londres, Cambridge University Press, 1999, p. 577.

suprimidas pela eliminação de classes inteiras de detentores de propriedade, intelectuais e empresários; e o velho antagonismo entre áreas urbanas e rurais foi resolvido esvaziando as cidades em apenas uma semana³⁰.

No polo ideológico oposto, tivemos também fundamentalismos intolerantes e violentos, nomeadamente na América Latina. Pense-se na Argentina, ao tempo da ditadura estabelecida com o golpe de Estado verificado em 1976 (que iniciou o *Processo de Reorganização Nacional*), que gerou um número enorme de desaparecidos – muitos dos quais terão sido executados sumariamente –, o que esteve na base do movimento denominado *Madres de Plaza de Mayo*, que teve início quando mães de detidos e desaparecidos se reuniram, a 30 de abril de 1977, na Praça de Maio num manifestação pacífica, em que pediam para ser informadas acerca do paradeiro dos seus filhos. Sendo certo que o número de desaparecidos está por apurar, Victoria Ginzberg afirma que estão contabilizados 22.000, desde 1975 a 1978³¹, devendo ter-se em conta que a ditadura só viria a terminar em 1983³². E, pela mesma época, no vizinho Chile, uma outra ditadura – agora a de Augusto Pinochet – disputava com a Argentina o palmarés de violações graves de direitos humanos, que chegou³³.

Refira-se, ainda, que muitas das razões apontadas para o recrudescimento do fundamentalismo religioso servem também para explicar o fenómeno do crescente fundamentalismo político que se vem traduzindo, a esse nível, no aumento da popularidade de partidos extremistas, nomeadamente de direita, como acontece com a Frente Nacional, de Marine Le Pen (França), o Partido da Liberdade, FPÖ (Áustria) ou a Liga Norte (Itália), a título de exemplo.

³⁰ Cf. JEAN-LOUIS MARGOLIN, “Cambodia: The country of disconcerting crimes”, *op. cit.*, p. 577. Neste artigo pode encontrar-se uma descrição dos horrores do regime de Pol Pot, que terá conduzido a que o número de mortes se situasse – porque não há consenso na matéria – “no mínimo dos mínimos em um para sete e mais provavelmente em um para cinco ou quatro” (p. 590).

³¹ Cf. VICTORIA GINZBERG, “Los informes de Arancibia Clavel a la DINA chilena: Los memos de una asociación ilícita”, texto disponível em <http://www.pagina12.com.ar/2000/00-11/00-11-12/pag18.htm> [20.04.2016].

³² E, em junho de 2011, era publicado, no jornal *La Nación*, um artigo com o título “«Este escándalo afecta a los 30.000 desaparecidos», dijo la presidenta de Línea Fundadora”, disponível em <http://www.lanacion.com.ar/1380515-este-escandalo-afecta-a-los-30-mil-desaparecidos-dijo-la-presidenta-de-linea-fundadora> [14.04.2016].

³³ Pelos quais chegou mesmo a ser deduzida acusação e emitido mandado de captura internacional, em Espanha, pelo juiz Baltasar Garzón, de acordo com o princípio da jurisdição universal. No entanto, nunca chegou a ser julgado nesse país, porque uma junta médica britânica – Pinochet encontrava-se em Londres para tratamento médico – o declarou mentalmente incapacitado para enfrentar um julgamento. Acerca deste caso, cf. ANTONIO REMIRO BROTONS, *El Caso Pinochet: Los Limites de la Impunidad*, Madrid, Biblioteca Nova, 1999.

3. Terrorismo

Um outro conceito, muitas vezes associado aos anteriormente referidos, mas que com eles não deve confundir-se é o de terrorismo. A verdade é que a doutrina internacionalista tem revelado uma enorme dificuldade em apurar o conteúdo deste termo ou, dito por outras palavras, o conceito de terrorismo. Esta dificuldade bem se compreende se atentarmos na diversidade de acontecimentos que o conceito recobre, diversidade que decorre da própria evolução que o fenómeno vai sofrendo, o que leva à percepção de que se trata de “um fenómeno altamente complexo e permanente mutação”³⁴. Basta pensar que é visto como ato terrorista o assassinato de Francisco Fernando, herdeiro do trono do Imperio Austro-Húngaro, a 28 de junho de 1914 em Sarajevo (na então província austro-húngara da Bósnia e Herzegovina), tal como o foi o rapto, cativo e assassinato de Aldo Moro, Primeiro-Ministro italiano, em 1978, ou os ataques de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, ou ainda os atentados que ocorreram em Paris, a 13 de novembro de 2015, sendo estes apenas alguns exemplos dos muitos que se podem referir.

Obviamente estamos face a comportamentos difíceis de reconduzir a uma mesma noção. No primeiro caso, o assassinato do príncipe herdeiro era entendido simbolicamente como a morte do símbolo da ocupação e da tirania, que era exercida, na perspetiva do grupo a que pertencia o assassino, pelo Império Austro-Húngaro sobre as províncias eslavas do sul, que dele se queriam emancipar com vista à criação da Grande Sérvia. Já no caso de Aldo Moro estamos face a atos de terrorismo que pretendem funcionar como “moeda de troca”. Neste tipo de atuação – levada a cabo por grupos como as Brigate Rosse italianas ou o grupo Baader-Meinhof, alemão – consistia em raptar altas personalidades do Estado e, por via das ameaças de as executarem, alcançarem objetivos específicos, nomeadamente a libertação de membros do grupo que estivessem detidos. Com os ataques verificados a 11 de setembro de 2001, da autoria da al-Qaeda, iniciou-se a era do que já tem sido chamado de *hiperterrorismo*³⁵, com motivações religiosas (divulgando-se a expressão “terrorismo *jihadista*”³⁶), em que o grande

³⁴ Cf. EDWIN BAKKER, *Jihadi Terrorists in Europe*, Clingendael, Netherlands Institute of International Relations, s/d.

³⁵ Segundo Serge Sur, este termo foi divulgado nos trabalhos da *Fondation pour la Recherche Stratégique*, visando designar atos de terrorismo de grande envergadura ou perpetrados com recurso a armas de destruição maciça. Cf. SERGE SUR, *Le Conseil de Sécurité dans l'Après 11 Septembre*, Paris, LGDJ, 2004, p. 11, nota 4.

³⁶ Obviamente, a expressão provém de qualificar o terrorismo como via de concretização da *jihad*. Diga-se, no entanto, que este termo pode ser, e é, entendido em sentidos muito diferentes. Assim, Esposito identifica quatro entendimentos da palavra (dois deles não violentos e outros dois violentos) e conclui afirmando “a centralidade da *jihad* para os muçulmanos atualmente. A *jihad* é um conceito que define a crença no Islão, um elemento chave no que significa ser um crente e

objetivo parece ser mesmo o de espalhar o terror, causando um elevado número de vítimas. Efetivamente, neste caso, do ataque às Torres Gémeas do World Trade Center, em Nova Iorque, bem como ao Pentágono, na Virgínia, decorreu a morte de quase 3.000 pessoas, entre as que se encontravam nos aviões³⁷ e as que estavam no solo³⁸. Por fim, dos ataques de Paris, perpetrados pelo ISIS, decorreu a morte de, pelo menos, 137 pessoas (entre as quais alguns terroristas) e mais de 350 feridos, dos quais 99 pessoas em estado grave. Quais as motivações? Sendo certo que não foram explicitadas pelo ISIS, parece que o que move este grupo é o ódio à civilização ocidental e a ambição de reconstituir o Califado com as dimensões territoriais que teve por volta do século VIII, quando incluía o que era designado como Al-Andalus (ou seja, a Península Ibérica).

A verdade é que “em resposta à dificuldade em chegar a consenso sobre uma definição genérica de terrorismo, a comunidade internacional tem concluído um conjunto de convenções individualizadas, que identificam categorias específicas de atos que toda a comunidade internacional condena, independentemente dos motivos dos perpetradores, e que exigem que os Estados partes criminalizem a conduta específica, julguem ou extraditem os transgressores e cooperem com outros Estados para a efetiva implementação desses deveres”³⁹. Portanto, deparamo-nos com um conjunto que podemos considerar vasto de convenções e documentos internacionais incidindo sobre aspetos específicos ligados ao terrorismo – alguns dos quais enumeram comportamentos que podem ser considerados terroristas, como acontece, por exemplo, com a Convenção In-

seguidor da vontade de Deus”, independentemente dessas diferentes interpretações. Cf. JOHN L. ESPOSITO, *Unholy War: Terror in the Name of Islam*, Oxford/Nova Iorque, Oxford University Press, 2002, p. 26. Obviamente, o terrorismo *jihadista* parte de uma visão radical da *jihad*. Para uma visão mais moderada do Islão e sua compatibilidade com o direito internacional em matéria de uso da força, cf. SHEIKH WAHBEH AL-ZUHILI, “Islam and international law”, in *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n.º 858, 2005, pp. 269-283; SHAHEEN SARDAR ALI e JAVAID REHMAN, “The concept of *jihad* in Islamic International Law”, in *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 10, n.º. 3, 2005, pp. 321-343.

³⁷ Incluindo todas as que se encontravam num quarto avião que, segundo se crê, visava atingir a Casa Branca, mas que caiu em campo aberto, na Pensilvânia, em virtude de alguns passageiros e membros da tripulação terem tentado retomar o controlo do avião.

³⁸ Portanto, os ataques visaram alvos civis (World Trade Center), militares (Pentágono) e políticos (se a Casa Branca era também um objetivo).

³⁹ *Measures to eliminate international terrorism*, The Secretary-General’s Report, A/48/267/Add.1, 21 September 1993. No mesmo sentido, lê-se num documento do Alto Comissariado para os Direitos Humanos: “terrorismo é comumente entendido como referindo-se a atos de violência que visam civis na prossecução de objetivos políticos ou ideológicos. Em termos jurídicos, embora a comunidade internacional ainda tenha de adotar uma noção abrangente de terrorismo, as declarações, resoluções e tratados universais «sectoriais» existentes relativos a aspetos específicos do terrorismo definem certos atos e elementos fundamentais”. High Commissioner for Human Rights, *Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism*, Fact Sheet n.º 32, p. 5.

ternacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo⁴⁰, entre outros⁴¹ –, mas com uma clara dificuldade em chegar a consenso sobre uma noção geral de terrorismo.

A este propósito, Díaz-Barrado considera interessante analisar o *Official Report by the Chairman on the general debate held in the plenary session of 28 June 2004*, que documenta o debate havido relativamente à tentativa de adoção de uma Convenção geral sobre o terrorismo, uma vez que aí se pode constatar a diversidade de pontos de vista dos diferentes Estados, que algumas das delegações “sublinharam a importância de se chegar a uma definição clara e acordada universalmente de terrorismo”; enquanto outras entendiam que “a convenção abrangente devia conter uma definição de terrorismo que claramente o distinguisse da luta legítima dos povos contra a ocupação estrangeira”, em atenção ao carácter vinculante do direito à autodeterminação⁴², e sublinhando que a referida noção “deveria incluir o terrorismo do Estado”; havendo ainda delegações que consideravam que estas matérias “não necessitavam de ser especificamente tratadas[, sustentando que] a definição do terrorismo deveria reafirmar a decisão da

⁴⁰ Veja-se o artigo 2.º desta Convenção.

⁴¹ Também a nível da União Europeia, o Conselho aprovou uma Decisão-Quadro, a 13 de junho de 2002, em que se referem vários comportamentos que devem ser considerados terroristas, determinando que os Estados-membros devem criminalizar “os actos intencionais previstos nas alíneas a) a i), [que], pela sua natureza ou pelo contexto em que foram cometidos, sejam susceptíveis de afectar gravemente um país ou uma organização internacional, quando o seu autor os pratique com o objectivo de: intimidar gravemente uma população, ou constranger indevidamente os poderes públicos, ou uma organização internacional, a praticar ou a abster-se de praticar qualquer acto, ou desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas fundamentais políticas, constitucionais, económicas ou sociais de um país, ou de uma organização internacional: a) As ofensas contra a vida de uma pessoa que possam causar a morte; b) As ofensas graves à integridade física de uma pessoa; c) O rapto ou a tomada de reféns; d) O facto de provocar destruições maciças em instalações governamentais ou públicas, nos sistemas de transporte, nas infra-estruturas, incluindo os sistemas informáticos, em plataformas fixas situadas na plataforma continental, nos locais públicos ou em propriedades privadas, susceptíveis de pôr em perigo vidas humanas, ou de provocar prejuízos económicos consideráveis; e) A captura de aeronaves e de navios ou de outros meios de transporte colectivos de passageiros ou de mercadorias; f) O fabrico, a posse, a aquisição, o transporte, o fornecimento ou a utilização de armas de fogo, de explosivos, de armas nucleares, biológicas e químicas, assim como a investigação e o desenvolvimento de armas biológicas e químicas; g) A libertação de substâncias perigosas, ou a provocação de incêndios, inundações ou explosões, que tenham por efeito pôr em perigo vidas humanas; h) A perturbação ou a interrupção do abastecimento de água, electricidade ou de qualquer outro recurso natural fundamental, que tenham por efeito pôr em perigo vidas humanas; i) A ameaça de praticar um dos comportamentos enumerados nas alíneas a) a h)” (2002/475/JAI, artigo 1.º, n.º 1).

⁴² Nesse sentido, lê-se no dito Relatório: “Embora tenham concordado em muitas das disposições do projeto de convenção geral, as visões divergentes sobre se os movimentos de libertação nacional deveriam ser excluídos do seu campo de aplicação impediram o consenso para a adoção do texto integral”. High Commissioner for Human Rights, *Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism*, cit., p. 6.

comunidade internacional de que atos terroristas sob quaisquer formas e manifestações, onde quer que e por quem quer que fossem cometidos, nunca seriam justificados”; “algumas delegações sustentaram âmbito de aplicação alargado da convenção em atenção à constante mudança dos métodos e manifestações do terrorismo”, preferindo-se uma definição operacional do termo, considerando que a mesma deveria ser feita por referência ao ato e suas consequências e não através da descrição dos perpetradores, sublinhando-se ainda que uma noção jurídica de atos terroristas deveria servir de padrão para verificar em que termos os Estados cumpriam as suas obrigações à luz do direito internacional humanitário⁴³.

Portanto, continuamos com a falta de uma definição geral de terrorismo⁴⁴ – que se torna essencial para se integrar o crime de terrorismo na competência *ratione materiae* do Tribunal Penal Internacional, numa futura revisão do seu Estatuto, como é ambição de muitos internacionalistas –, mas “estamos a aproximar-nos de uma definição universalmente aceite de terrorismo ou, pelo menos, há já convenções e outros instrumentos suficientes para fornecer orientações acerca de atos e comportamentos que podem fazer parte da definição de terrorismo internacional”⁴⁵.

4. A interseção entre os diferentes conceitos

Se, como começamos por dizer, com estas linhas, visamos apurar conceitos que são muitas vezes usados em sentido impróprio, isso obviamente não significa que não reconheçamos a existência, na prática, de importantes interseções entre eles.

Como decorre do que deixamos dito, apesar de o conceito de fundamentalismo não implicar *per se* o recurso à violência, a História recente é prodiga em exemplos de violência atroz cometida em nome de diferentes fundamentalismos. E isso é particularmente verdade quando esses movimentos radicais chegam ao poder, instituindo ditaduras em que a repressão de todo aquele que

⁴³ Cf. CÁSTOR MIGUEL DÍAZ-BARRADO, “The definition of terrorism and International Law”, in Pablo Antonio Fernández-Sánchez (ed.), *International Legal Dimension of Terrorism*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 31-32.

⁴⁴ Apesar disso, recorde-se a Resolução 49/60, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 17 de fevereiro de 1995, que refere, no parágrafo 3 do dispositivo do seu Anexo (que contém a *Declaração sobre medidas para eliminar o terrorismo internacional*), que “os atos criminais com fins políticos concebidos ou planeados para provocar um estado de terror na população em geral, num grupo de pessoas ou em pessoas determinadas são, em qualquer circunstância, injustificáveis, quaisquer que sejam as considerações políticas, filosóficas, ideológicas, raciais, étnicas, religiosas ou de qualquer outra natureza que possam ser invocados para os justificar”.

⁴⁵ Cf. CÁSTOR MIGUEL DÍAZ-BARRADO, “The definition of terrorism and International Law”, *op. cit.*, p. 41.

sustenta ideias diferentes se torna regra; ou quando grupos radicais se sublevam contra o poder estabelecido (normalmente com apoio externo, mais ou menos dissimulado). Neste caso, poderá atingir-se a situação de conflito armado, em que é aplicável o direito internacional humanitário.

A este propósito, talvez a questão atualmente mais pertinente decorra do facto de o ISIS/DAESH atuar como parte em conflito armado e simultaneamente recorrer a atos terroristas. Como já tivemos oportunidade de explicar, um atentado terrorista não é um ato de guerra e, por conseguinte, não faz com que seja aplicável o direito internacional humanitário. Vale isto por dizer que a chamada “guerra contra o terrorismo”, inventada por Georges W. Bush, nunca foi uma guerra em sentido técnico, ou seja, um conflito armado, campo de atuação do direito internacional humanitário⁴⁶. Situação diferente é a que se vive atualmente com o ISIS/DAESH, que, sendo um grupo terrorista, levou a cabo atentados e criou uma situação de tensão que acabaria por se tornar um verdadeiro conflito armado a partir de fevereiro de 2012⁴⁷, constitui efetivamente uma parte num conflito travado na Síria e também no Iraque. E esse grupo usa o terrorismo como método de combate. Na Síria, e “vem sendo travado rua a rua, em trincheiras, através de cercos e fome. Grupos armados e as forças do Governo lutam pelo controle sobre o território, utilizando todos os meios disponíveis”⁴⁸. Na verdade, trata-se de um fenómeno novo, atendendo a que, pela primeira vez, estamos face a um grupo terrorista que controla um amplo território, com uma organização bastante estruturada – o que, obviamente, exige recursos⁴⁹ –, que o levou a proclamar-se como Estado⁵⁰.

⁴⁶ Sobre esta questão, cf. MARIA DE ASSUNÇÃO DO VALE PEREIRA, “A «guerra contra o terrorismo»: um novo tipo de conflito armado?”, in AAVV, *Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al Profesor Manuel Pérez González*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 491-520.

⁴⁷ Como se lê no *Report of the independent international commission of inquiry on the Syrian Arab Republic*, “[u]m conflito armado não internacional desenvolveu-se na Síria durante o mês de fevereiro de 2012, o que desencadeia a aplicabilidade do art. 3.º comum às Convenções de Genebra, bem como do direito costumeiro relevante para os conflitos armados não internacionais” (A/HRC/21/50, Annex II, par. 12).

⁴⁸ Cf. CARLA DEL PONTE, “The case of Syria”, in Michel Veuthey (ed.), *Respecting International Humanitarian Law: Challenges and Responses*, International Institute of Humanitarian Law, 2014, p. 51.

⁴⁹ Segundo se lia em 2014, na Euronews, “[s]e, num primeiro momento, as doações dos países do Golfo, foram a principal fonte de financiamento, hoje o grupo é, em grande parte, autofinanciado. O primeiro recurso, estimado em mais de metade das receitas, é o petróleo, vendido ilegalmente no mercado negro. Em seguida, vem a extorsão, o dinheiro dos saques aos territórios conquistados, a cobrança de impostos, comércio ilegal de antiguidades, raptos e tráfico de seres humanos, com o que fizeram milhões de dólares. Formas de obter recursos financeiros difíceis de neutralizar”. Cf. “Como é financiado o autoproclamado Estado Islâmico”, texto disponível em <http://pt.euronews.com/2014/09/26/como-e-financiado-o-autoproclamado-estado-islamico/> [10.02.2015].

⁵⁰ Como é claro, esta auto proclamação não faz dele um Estado. Para além de não ter território

E se estamos face a um grupo considerado fundamentalista *jihadista*, não se pode considerar tão pouco que seja constituído por verdadeiros fundamentalistas *jihadistas*, que permanecem no movimento de livre vontade e por convicção. A verdade é que não há liberdade para sair do grupo, mas antes uma violentíssima repressão sobre quem tenta dele fugir. Nesse sentido, foi recentemente noticiado que “o Estado Islâmico executou 45 dos seus membros que tinham fugido dos confrontos que estavam a ocorrer com as forças iraquianas no distrito de Heet, colocando-os nos frigoríficos de uma morgue durante 24 horas, para depois tirar os corpos congelados e pô-los nas entradas da cidade”⁵¹. Igualmente, em maio do corrente ano surgia a notícia de que o “Estado Islâmico encontrou uma nova forma de castigar os comandantes das suas tropas que «falhem o seu dever», em mais uma tentativa de intimidar os seus militantes e travar a onda de deserções”: “os comandantes do Daesh que não tenham «cumprido com todas as suas obrigações» são agora atados a árvores e abandonados à mercê de cães esfomeados, que os atacam até à morte”⁵².

5. A título de conclusão

Do jurista é esperado que utilize os conceitos em sentido preciso e não caia na tentação de seguir discursos menos rigorosos pelo facto de os mesmos se terem generalizado ou de serem bem acolhidos junto de alguns setores da opinião pública. A verdade é que confundir conceitos como aqueles de que tratamos neste texto não é inconsequente. Pode conduzir a que grupos de pessoas que professam uma religião diferente – no caso, a muçulmana – sejam vistos como fundamentalistas ou, pior, como fundamentalistas violentos, quando não como terroristas *jihadistas*⁵³.

definido (a 16 de maio do corrente ano era noticiado: “Estado Islâmico já perdeu 45% do território no Iraque e 20% na Síria”, in *Diário de Notícias*, texto disponível em <http://www.dn.pt/mundo/interior/estado-islamico-ja-perdeu-45-do-territorio-no-iraque-e-20-na-siria-5177880.html> [16.05.2016]), a sua “criação” foi feita com base na violação grosseira de normas fundamentais de direito internacional, de direito internacional humanitário e de direito criminal.

⁵¹ “El Estado Islámico congela vivos a 45 desertores”, texto disponível em <http://gaceta.es/noticias/islamico-congela-vivos-45-desertores-25042016-1345> [26.04.2016].

⁵² “Estado Islâmico está a dar de comer aos cães os seus comandantes incompetentes”, texto disponível em <http://zap.aeiou.pt/estado-islamico-esta-a-dar-de-comer-aos-caes-os-seus-comandantes-incompetentes-114192> [25.05.2016].

⁵³ A propósito destas erróneas associações, afirmava, Rui Marques, coordenador da Plataforma de Apoio aos Refugiados, na sequência dos ataques de Paris, em novembro de 2015: “as vezes que têm incendiado a Europa, procurando associar o terrorismo aos refugiados, são vozes que são cúmplices destes actos criminosos”. *Apud* FILIPE D’AVILLEZ, “«Quem associa terrorismo aos refugiados é cúmplice», diz Rui Marques”, 14 de novembro de 2015, texto disponível em http://rr.sapo.pt/noticia/39496/quem_associa_terrorismo_aos_refugiados_e_cumplice_diz_rui_marques [17.11.2015].

A verdade é que a larga maioria dos que procuram a Europa, fugidos dos seus países de origem – em particular, da Síria –, o único objetivo que visa alcançar é o da sobrevivência. Quando no seu país são vítimas de comportamentos em que as violações dos direitos humanos tocam os limites da alucinação; quando esses comportamentos provêm do ISIS, mas também das tropas governamentais⁵⁴ ou ainda dos ditos grupos da oposição a Bashar al-Assad; quando os Estados vizinhos esgotaram a capacidade para receber mais, o que lhes resta? Fugir para o que lhes surge como alternativa segura – a Europa –, mesmo que para a alcançar tenham de deixar os seus haveres nas mãos das redes criminosas que os exploram e que lhes prometem chegar à Europa... ou eventualmente ficar algures no mar Mediterrâneo...

Tendo esta realidade presente bem se percebe o perigo da confusão dos conceitos que pode levar a que todos os que chegam e são muçulmanos sejam vistos como fundamentalistas, quando não terroristas. E, se cairmos nesta armadilha de confundir os conceitos, tornar-nos-emos nós, europeus, verdadeiros fundamentalistas, renegando um dos pilares que orgulhosamente temos entendido fazer parte da nossa cultura: a tolerância.

⁵⁴ Por parte do Governo sírio tem-se verificado um “bombardeio em larga escala em «áreas-alvo» inerentemente indiscriminadas, que resultou numa devastação indescritível. Vítimas de bombardeios e ataques aéreos descreveram o que testemunharam como semelhante a uma política de «terra queimada». Cf. CARLA DEL PONTE, “The case of Syria”, *op. cit.*, p. 51.

UMA VISÃO CRÍTICA DO PEACEBUILDING DAS NAÇÕES UNIDAS

Maria do Céu Pinto Arena¹

Com o fim da Guerra-Fria, e desde a década de 1990, a ONU levou a cabo numerosas missões de promoção e consolidação da paz a partir do período que na literatura é designado de “quarta geração” das operações de paz². O *peacebuilding* (consolidação de paz) tende a ser entendido como o leque de intervenções externas destinado a reduzir o potencial de um Estado recair numa situação de conflito³. Apesar de ter sido cunhado por Johan Galtung na década de 1970, este conceito viria a tornar-se recorrente no jargão dos operadores internacionais da paz nos anos 1990⁴. O *peacebuilding* tem vindo, desde então, a ocupar cada vez mais um lugar de destaque no sistema internacional, tendo-se tornado uma das principais áreas de actuação dos vários atores, governamentais e ONGs, que se ocupam da gestão e resolução de conflitos. Este trabalho visa explorar a adequabilidade das missões de *peacebuilding* da ONU à luz da experiência e de correntes teóricas como o Construtivismo e as chamadas teorias críticas da “paz liberal”.

Ao analisar a evolução do conceito, é possível constatar a ênfase dada à sustentabilidade da paz, assim como à governança e reforço das capacidades

¹ Professora Auxiliar de nomeação definitiva com Agregação na Escola de Economia e Gestão da Universidade do Minho.

² Cf. O. RAMSBOTHAM, T. WOODHOUSE e H. MIALI, *Contemporary Conflict Resolution*, 3.^a ed., Cambridge, Polity Press, 2011, p. 55. Sobre as gerações, cf. MARIA DO CÉU PINTO, *As Nações Unidas e a Manutenção da Paz*, Coimbra, Almedina, 2006; IDEM, *O Papel das Nações Unidas na Construção de uma Nova Ordem Mundial*, Lisboa, Ed. Prefácio, 2010.

³ Cf. M. BARNETT *et al.*, “Peacebuilding: What is in a name?”, in *Global Governance*, vol. 13, n.º 1, 2007, p. 35.

⁴ UN Peacebuilding Support Office, “Peacebuilding & the United Nations”, disponível em <http://www.un.org/en/peacebuilding/pbso/pbun.shtml> [10.11.2016].

institucionais. Ao contrário de *peacekeeping*, que procura manter um ambiente de segurança ao mesmo tempo que tenta prevenir novos surtos de violência, o *peacebuilding* visa tornar auto-sustentável o ambiente de paz construído no pós-conflito⁵.

Efectivamente, uma das vertentes de actuação que a ONU foi obrigada a desenvolver foi a das tarefas de *peacebuilding*. O *peacebuilding* teve o seu *début* diplomático no documento charneira da ONU no pós-Guerra Fria: a *Agenda para a Paz*⁶. Ao assumir formalmente o *peacebuilding* no leque das suas missões, a ONU não só tem a responsabilidade de resolver conflitos, como de criar no terreno as infra-estruturas políticas, sociais e económicas para a reconstrução dos países no final do conflito.

Na *Agenda*, Boutros-Ghali descreve o *peacebuilding* como “medidas destinadas a individualizar e fortalecer estruturas adequadas ao reforço da paz, a fim de evitar o recomeço das hostilidades”⁷. Para Kofi Annan, trata-se de “acções desenvolvidas no final do conflito para consolidar a paz e prevenir a repetição do confronto armado”⁸. O *Relatório Brahimi*, de 2002, define-as como “activities undertaken on the far side of conflict to reassemble the foundations of peace and provide the tools for building on those foundations something that is more than just the absence of war”⁹.

Desde os anos 80 que as missões de paz da ONU incluíram já alguns destes conceitos. Originalmente previstas como “apoio à implementação de acordos de paz”, estas operações previam mecanismos de resolução de conflitos que ultrapassavam os mecanismos militares e incluíam preocupações de ordem política e de natureza humanitária¹⁰.

⁵ Cf. E. GROSS, “Peacebuilding in 3D: EU and US approaches”, Chaillot Papers, 2013, p. 1; M. WILLIAMS, “(Un)sustainable peacebuilding: NATO’s suitability for post-conflict reconstruction in multi-actor environments”, CIPS Working Paper, 2009, p. 5.

⁶ Cf. S. RATNER, *The New UN Peacekeeping*, Nova Iorque, St. Martin’s Press, 1998, p. 16.

⁷ Cf. B. BOUTROS-GHALI, *Agenda para a Paz*, Nova Iorque, Nações Unidas, 1992, parágrafo 21; M. DOYLE e N. SAMBANIS, “International peacebuilding”, in *American Political Science Review*, vol. 94, n.º 4, 2000, p. 779.

⁸ Cf. K. ANNAN, *The Causes of Conflict and the Promotion of Durable Peace and Sustainable Development in Africa*, Relatório do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança, S/1998/318, 13 de Abril de 1998, parágrafo 63.

⁹ *Comprehensive Review of the Whole Question of Peacekeeping Operations in all Their Aspects* [GA/SC (2000)]: 3. O Comité Político do Secretário-Geral da ONU define *peacebuilding* enquanto: “a range of measures targeted to reduce the risk of lapsing or relapsing into conflict by strengthening national capacities at all levels for conflict management, and to lay foundation for sustainable peace and development. Peacebuilding strategies must be coherent and tailored to the specific needs of the country concerned, based on national ownership, and should comprise a carefully prioritized, sequenced, and relatively narrow set of activities aimed at achieving the above objectives”. UN Peacebuilding Support Office, *Peacebuilding: An Orientation*, 2010, p. 49.

¹⁰ Cf. MARIA DO CÉU PINTO, *As Nações Unidas e a Manutenção da Paz*, *op. cit.*, pp. 224 e ss.

Na literatura académica, vários são exemplos deste tipo de missões, nomeadamente nas ex-colónias portuguesas, Moçambique ou Timor-Leste; assim, como os casos do Cambodja, Kosovo e Afeganistão.

Ramsbotham diz que o *peacebuilding* pós-conflito tem duas facetas importantes e complementares: «(A) a tarefa «negativa» de evitar a recorrência do conflito armado, e (B) as tarefas «positivas» de ajudar a recuperação da nação e facilitar a remoção das causas que estão na base da guerra interna»¹¹. Segundo aquele autor, o *peacebuilding* distingue-se das actividades humanitárias e de desenvolvimento porque tem objectivos intrinsecamente políticos: «(1) reduzir o «risco de retoma do conflito» e (2) contribuir para a criação de «condições conducentes à reconciliação reconstrução e recuperação»¹².

1. Segurança humana e *peacebuilding*

O conceito de segurança humana surgiu no contexto dos Estudos para a Paz na década de 1980, em oposição ao conceito de “segurança nacional”, que predominou durante a Guerra Fria. Trata-se de uma nova concepção que ultrapassa a noção tradicional de segurança como protecção militar, defesa das fronteiras ou ausência da guerra¹³.

O conceito de segurança humana é inovador porque transfere a ênfase do campo da defesa para o dos direitos humanos individuais¹⁴. “Segurança humana” é um conceito holístico que abrange as várias fontes de insegurança individual, incluindo as associadas à violência tradicional e à violação dos direitos humanos, mas também a pobreza, as epidemias, as crises económicas e ambientais, entre outras. O conceito tem algumas características próprias e originais: (1) complementa o conceito territorial de segurança do Estado, pois diz respeito mais ao indivíduo ou à comunidade do que ao Estado; (2) tem como foco as pessoas e as comunidades, especialmente os civis que estejam em situação de vulnerabilidade extrema, devido a guerras ou por marginalização social e económica; (3) os perigos para a segurança das pessoas incluem ameaças e condições nem sempre vistas como tais para a segurança do Estado; (4) o campo dos actores é

¹¹ Cf. O. RAMSBOTHAM, “Reflections on UN post-settlement peacebuilding”, in *International Peacekeeping*, vol. 7, n.º 1, 2000, p. 171; Y. CHOEDEN, “The United Nations peacebuilding in Kosovo: The issue of coordination”, in *International Studies*, vol. 47, 2010, p. 42; M. BARNETT *et al.*, “Peacebuilding: What is in a name?”, *op. cit.*, p. 44.

¹² Cf. O. RAMSBOTHAM, “Reflections on UN post-settlement peacebuilding”, *op. cit.*, p. 172.

¹³ Cf. E. CONTEH-MORGAN, “Peacebuilding and human security: A constructivist explanation”, in *International Journal of Peace Studies*, vol. 10, n.º 1, 2005, p. 70.

¹⁴ Cf. S. SMITH, “The contested concept of security”, in K. Booth (ed.), *Security Studies and World Politics*, Boulder, Lynne Rienner, 2005, p. 42.

mais amplo, deixando de ser exclusivamente estatal; (5) o objectivo da “segurança humana” implica, não somente a protecção das pessoas, mas também o seu “empowerment” para poderem enfrentar os problemas; (6) o respeito dos direitos humanos constitui o núcleo de protecção da segurança humana; (7) os princípios democráticos são a base da segurança humana e do desenvolvimento, pois só eles permitem assegurar a participação das pessoas nas estruturas de governação¹⁵.

As acções de *peacebuilding* contemplam um alargamento do conceito tradicional de segurança que se restringia ao Estado e que equiparava insegurança com a situações que põem em causa a integridade do Estado¹⁶. Neste sentido, ao transcender essa noção centrada nas questões militares e de segurança do Estado, o *peacebuilding* assume-se como um conceito multidimensional¹⁷. Na definição de Michael Doyle e Nicholas Sambanis, “o *peace-building* é uma tentativa, após a negociação ou a imposição da paz, de lidar com as causas da hostilidade e de criar capacidades locais para a resolução do conflito. Instituições estatais fortalecidas, participação política mais ampla, reforma agrária, o reforço da sociedade civil e o respeito pelas identidades étnicas são... formas de melhorar as perspectivas de um governo pacífico”¹⁸.

Nessa perspectiva, as práticas de *peacebuilding* ancoradas nessa noção deveriam pautar-se por dois objectivos primordiais: por um lado, transformar o contexto social responsável pelo incremento de desigualdades de forma a diminuir a causa dos conflitos e, por outro lado, fomentar as interacções entre as partes que estiveram em confronto¹⁹.

As actas do Conferência Internacional sobre Peacebuilding apontam para o *peacebuilding* como uma actividade direccionada principalmente para a reconciliação e para a reconstrução das relações sociais: “O *peacebuilding* são esforços positivos, contínuos e cooperativos para criar pontes entre nações ou grupos em conflito. Tem como objectivo reforçar a compreensão e a comunicação e anular os factores de desconfiança, medo e ódio”²⁰. Da mesma forma, Doyle e Sambanis

¹⁵ Adaptado de KARINA BATTHYÁNY, “Obstáculos à segurança humana: Análise dos informes nacionais do Observatório da Cidadania 2004”, pp. 14-15; texto disponível em http://www-socialwatch.org/es/informeImpreso/pdfs/tematicosa2004_bra.pdf [10.11.2016].

¹⁶ Cf. E. CONTEH-MORGAN, “Peacebuilding and human security: A constructivist explanation”, *op. cit.*, p. 70.

¹⁷ Cf. N. TSCHIRGI, “Making the case for a regional approach to peacebuilding”, in *Journal of Peacebuilding and Development*, vol. 1, 2002, p. 25.

¹⁸ Cf. M. DOYLE e N. SAMBANIS, “International peacebuilding”, *op. cit.*, p. 779.

¹⁹ Cf. E. CONTEH-MORGAN, “Peacebuilding and human security: A constructivist explanation”, *op. cit.*, p. 72.

²⁰ Cf. International Conference on Peacebuilding, “Summary of Conference Proceedings”, 1986, p. 14. Cf. ainda UNITAR, *The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security*, Lancaster, Martinus Nijhoff, 1987, p. 250.

afirmam que o objectivo do *peacekeeping* é “fomentar as instituições sociais, económicas e políticas e as atitudes que evitam que estes conflitos de se tornarem violentos”²¹. Como diria Pugh, “a reconciliação entre grupos previamente em guerra, exige algo mais do que dinheiro, infra-estruturas e leis. No *peacebuilding* será igualmente importante prestar atenção aos comportamentos que atentem contra a paz, a modificação de atitudes e o contínuo reforço de medidas de criação de confiança”²².

Em conclusão, o *peacebuilding* é fundamentalmente restaurar a crença e a confiança das populações na legitimidade do governo que as representa, reconstruir as relações sociais e eliminar as causas mais profundas dos conflitos. No mesmo sentido, a segurança anda a par do desenvolvimento²³. Neste sentido, Tschirgi²⁴ considera que desenvolvimento e *peacebuilding* estão intimamente ligados. O *peacebuilding* não pode, nem deve ser entendido apenas como reparar infra-estruturas ou (re)estabelecer instituições governamentais. Coate e Puchala dizem que “as políticas de *peacebuilding* advogam acções que se destinam a eliminar as fontes sociais e económicas das tensões que são as causas das guerras”²⁵. O *peacebuilding* é também uma faceta da prevenção dos conflitos porque lança as bases sócio-económico-políticas e psicológicas para evitar a renovação das hostilidades. O Conselho de Segurança tem recomendado com insistência a incorporação de elementos de *peace-building* nos mandatos das operações de *peacekeeping*²⁶.

As operações de *peacebuilding* são, pois, operações multidimensionais assentes numa abordagem integrada que combina a assistência humanitária, a resolução política do conflito e a reconstrução dos países devastados pela guerra (reedificação essa que se opera em numerosas vertentes). À partida, envolve uma vertente fortemente humanitária/de assistência²⁷. Boutros-Ghali dizia que “a maior parte das actividades que constituem o *peacebuilding* cabe no mandato dos vários programas, fundos, gabinetes e agências do sistema das Nações Uni-

²¹ Cf. M. DOYLE e N. SAMBANIS, “International *peacebuilding*”, *op. cit.*, p. 779.

²² Cf. M. PUGH, “*Peacebuilding* as developmentalism: Concepts from disaster research”, in *Contemporary Security Policy*, vol. 16, n.º 3, 1995, p. 335.

²³ Cf. D. DULIC, “Peace building and human security: Kosovo case”, comunicação apresentada na Third Annual Conference on Human Security, Terrorism and Organized Crime in the Western Balkan Region, 2008.

²⁴ Cf. N. TSCHIRGI, “Making the case for a regional approach to *peacebuilding*”, *op. cit.*, p. 26.

²⁵ Cf. R. A. COATE e D. J. PUCHALA, “Global policies and the United Nations system: A current assessment”, in *Journal of Peace Research*, vol. 27, 1990, pp. 127-128.

²⁶ Cf. K. ANNAN, *The Causes of Conflict and the Promotion of Durable Peace and Sustainable Development in Africa*, *cit.*, parágrafo 46.

²⁷ Sérgio Vieira de Mello, chefe civil da UNPROFOR, disse que o humanitarismo é a razão de ser do *peacekeeping*, que “está na base e transcende a mera resolução das disputas”. *Apud* M. PUGH, “*Peacebuilding* as developmentalism”, in *Contemporary Security Policy*, vol. 16, 1995, p. 336.

das que têm responsabilidades nos campos económicos, sociais, humanitários e dos Direitos Humanos²⁸.

O *peacebuilding* exige assim uma cooperação estreita entre agências da ONU, como o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) e as instituições de Bretton Woods (Fundo Monetário Internacional e grupo do Banco Mundial). Um dos aspectos fulcrais — e mais difíceis — das operações multidimensionais é a coordenação de actividades com todos os parceiros (militares e civis, governamentais e não governamentais)²⁹. No Kosovo, a UNMIK, responsável pela administração civil, interagia com a KFOR (braço militar), o ACNUR (assistência humanitária), a OSCE (democratização e *institution building*) e a UE, responsável pela reconstrução.

O *peacebuilding* não é uma tarefa propriamente militar, mas pode ser facilitada pela presença, pelo menos, inicial das forças da ONU no terreno, isto é os capacetes azuis: “Num país destruído pela guerra, a retoma d[ess]as actividades inicialmente poderá ter de ser entregue, ou, pelo menos, coordenada por uma operação de *peacekeeping* multidimensional. Contudo, à medida que a operação conseguir restaurar as condições normais, os programas, fundos, gabinetes e agências poderão voltar e gradualmente assumir as responsabilidades dos capacetes azuis, com o coordenador-residente a assumir as funções de coordenação temporariamente confiadas ao representante especial do Secretário-Geral³⁰.”

As operações de *peacekeeping* multidimensional são experiências novas que respondem a necessidades que já se faziam sentir antes do fim da Guerra Fria, mas que só com o fim daquela se tornaram possíveis. A primeira operação deste tipo na história da Organização foi a *UN Temporary Executive Authority* (UNTEA): criada para a Nova Guiné Ocidental entre 1962 e 1963 (num período de sete meses), tinha por objectivo efectuar a transição entre a administração holandesa e a integração do território na Indonésia. A UNTEA destinava-se literalmente a administrar o território. Com a Resolução da Assembleia Geral 1752, pela primeira vez na sua história, as Nações Unidas “detiveram a autoridade executiva temporária, por intermédio do Secretário-Geral, sobre um vasto território³¹”. O seu mandato consistia especialmente em assegurar as tarefas de manutenção da lei e da ordem (em especial, a de monitorar o cessar-fogo), a protecção

²⁸ Secretary-General, *Supplement to an Agenda for Peace: Position Paper of the Secretary-General on the occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations, A/50/60 -S/1995/1* (a partir daqui designada como Suplemento à Agenda para a Paz), parágrafo 53.

²⁹ Cf. J. COCKELL, “Joint Action on security challenges in the Balkans”, in Michael Pugh e Waheguru P. S. Sidhu (eds.), *The UN and Regional Security*, Boulder, Lynne Rienner/IPA, 2003, pp. 115 e ss.

³⁰ *Idem, ibidem*.

³¹ United Nations, *The Blue Helmets*, Nova Iorque, UNDPY, 1990, p. 644.

dos direitos dos habitantes e a manutenção em funcionamento dos serviços. Foi acompanhada pela criação paralela do seu “braço armado” (UN Security Force) que cuidava da segurança no território e da criação e treino da polícia local.

Estas operações requerem o que alguns autores chamam de “abordagem holística”³² destinada a reconstruir as sociedades destruídas por guerras civis. Essa abordagem holística mais não é do que um leque muito variado de tarefas que vão da protecção dos direitos humanos, à realização de eleições democráticas e à reabilitação da economia. A lista impressionante de actividades do *peacebuilding* inclui: o desarmamento das facções envolvidas na guerra; a integração das milícias nas forças militares nacionais; a reorganização e treino da polícia; a supervisão dos direitos humanos; a reconstituição ou reforma do sistema judicial; a elaboração ou re-elaboração das Constituições nacionais; a investigação de violações dos direitos humanos; a orientação da reforma agrária; o abastecimento de comida, água, serviços sanitários, serviços médicos, habitação e reparação de estradas; a abolição de leis opressivas; a supervisão de ministérios nacionais transitórios; o recenseamento, a elaboração das listas eleitorais e a definição das regras para a condução de eleições; a realização e acompanhamento do processo eleitoral; a criação de condições aptas a assegurar a transição para o governo eleito; a coordenação e facilitação do trabalho das ONGs³³.

As missões do Kosovo, de Timor-Leste e do Cambodja enquadram-se aliás nesta categoria: à ONU coube administrar estes territórios³⁴ e lançar as bases para a criação de uma ordem democrática. A operação no Kosovo, *UN Interim Administration Mission in Kosovo*, dura de 1999 até aos dias de hoje. O Conselho de Segurança (CS) autorizou a UNMIK a exercer a autoridade sobre a população e o território. Delegou à missão todos os poderes legislativos e executivos, incluindo o exercício do poder judicial e a gestão de uma força de polícia com poderes executivos³⁵. Em Timor, a *United Nations Transitional Administration in East Timor* (UNTAET), que terminaria apenas em 2002, com o reconhecimento internacional da independência, ficou a exercer autoridade legislativa, executiva e a administrar a justiça, apoiando a criação de capacidades para a auto-governança e para um desenvolvimento sustentável.

Estes foram “os mais largos poderes alguma vez concedidos a uma operação de Peacekeeping”. A UNTAET “desempenhou um papel fundamental na

³² Cf. T. M. FRANCK, “A holistic approach to building peace”, in Otunnu e Doyle (eds.), *Peacemaking and Peacekeeping for the New Century*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1998, p. 275.

³³ *Idem, ibidem*, p. 276.

³⁴ Cf. S. CHESTERMAN, “Virtual trusteeship”, in D. Malone (ed.), *The UN Security Council*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2004, pp. 219-233.

³⁵ Cf. D. LEURDIJK, “The UN and NATO: The logic of primacy”, in Michael Pugh e Waheguru P. S. Sidhu (eds.), *The UN and Regional Security*, Boulder, Lynne Rienner/IPA, 2003, pp. 67-68.

criação do Estado timorense³⁶. Foi a “primeira vez que as Nações Unidas tiveram o controlo soberano sobre um território, o qual visavam preparar para a independência”³⁷. A intervenção ocorreu em áreas como “a educação, a justiça, a reconstrução física e institucional, a saúde ou a economia”³⁸.

No Camboja, a ONU ficou literalmente a administrar o país durante um período de 18 meses, entre Março de 1992 e Dezembro de 1993. Nesse período, o país foi governado pela ONU que montou a *UN Transition Authority in Cambodia*, uma operação contando com mais de 22.000 efectivos. À UNTAC coube exercer controlo sobre os assuntos de defesa, política externa, finanças, segurança pública e estruturas administrativas de forma a assegurar um ambiente político neutro para a realização de eleições gerais. A UNTAC também supervisionou a polícia, promoveu os direitos humanos e organizou as eleições que permitiram ao povo cambodjano retomar o controlo sobre a sua vida democrática³⁹.

A componente militar da UNTAC ficou encarregue de uma variedade de tarefas: supervisionar o cessar-fogo, desarmar e desmobilizar as forças, repatriar e realojar os refugiados, em cooperação com o Alto Comissariado para os Refugiados, e reabilitar as infra-estruturas económicas do país. Nunca antes tinha sido exigido a uma operação de *peacekeeping* a realização de tarefas tão diversas e tão exigentes. A este propósito, observaria Boutros-Ghali: “Nada do que a ONU fez anteriormente se pode comparar a esta operação”⁴⁰.

A experiência bem-sucedida do Camboja é corroborada por estudos comparativos que mostram que o *peacebuilding* multidimensional, isto é, “missões com amplas funções civis, incluindo reconstrução económica, reforma institucional e supervisão de eleições”, dão um contributo decisivo para uma paz duradoura⁴¹. O *peacebuilding* contribui, tanto para a redução da violência, como para a realização de reformas institucionais e políticas, a realização de eleições e o processo de democratização.

O *Relatório Brahimi* sublinha que o maior desafio que as Nações Unidas enfrentam na área do *peacebuilding* são as administrações transitórias. Em 1999, foram lançadas as operações no Kosovo e em Timor-Leste que exigiam a recons-

³⁶ Cf. M. R. FREIRE e P. D. LOPES, “Consolidação da paz numa perspectiva crítica: O caso de Timor-Leste”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 104, 2014, p. 11.

³⁷ Cf. P. GORJÃO, “O legado e as lições da Administração Transitória das Nações Unidas em Timor Leste”, in *Análise Social*, vol. XXXVIII, n.º 169, 2004, p. 1044.

³⁸ Cf. J. M. PUREZA *et al.*, “As novas operações de paz das Nações Unidas”, in *Oficina do CES*, n.º 290, 2007, p. 20.

³⁹ Cf. J. CHOPRA, *UN Authority in Cambodia*, Providence, Watson Institute for International Studies, 1994.

⁴⁰ Cf. K. A. MINGST e M. P. KARNS, *The United Nations in the Post-Cold War Era*, Boulder, Westview Press, 1995, p. 92.

⁴¹ Cf. M. DOYLE e N. SAMBANIS, “International peacebuilding”, *op. cit.*, p. 791.

trução de ambos os territórios em circunstâncias particularmente difíceis. O Relatório defende que a ONU deve desenvolver um quadro legal genérico aplicável a países onde as instituições estatais ruíram. O Relatório recomenda à organização que crie um quadro de pessoal jurídico internacional para, na ausência da autoridade política local, estar preparada para restaurar a lei e a ordem⁴².

Por outro lado, a ONU tem de colmatar “um claro «gap» institucional entre as questões de segurança e desenvolvimento”⁴³. O próprio Kofi Annan, no relatório *In Larger Freedom*, afirma que a ONU tem um problema grave na sua maquinaria institucional, que é o facto de ter dificuldades em ajudar os países a sair do conflito para uma paz sustentada. Efectivamente, há uma incongruência flagrante no facto de as Nações Unidas investirem cada vez mais na prevenção de conflitos, mas não terem a capacidade de implementar de forma cabal e sustentada os acordos de paz⁴⁴.

A resolução da vertente armada do conflito não é suficiente para acautelar a estabilidade do país, porque não garante o desenvolvimento sustentado do mesmo. Cerca de metade dos países que saem de um conflito recaem nele ao fim de cinco anos. Esta é uma das áreas mais críticas e visíveis da actuação da ONU. Na sequência da cimeira dos chefes de Estado e governo de Setembro de 2005, foi decidido criar a Comissão para a Paz e o Desenvolvimento (*Peacebuilding Commission*). A Comissão reúne todos os interessados em actividades de consolidação da paz de forma a garantir a coordenação mais eficaz e a implementação mais coerente nesta matéria; a atrair e garantir os compromissos políticos e financeiros necessários para as missões de *peacebuilding* (o Fundo Permanente para a Consolidação da Paz mobiliza o financiamento internacional) e a conceder apoio técnico e informação especializada para as tarefas de recuperação pós-conflito, em especial as tarefas de restabelecimento das instituições e o desenvolvimento sustentável.

2. Uma análise construtivista do *peacebuilding*

Como defende Lemay-Hébert⁴⁵, todas as definições de *peacebuilding* têm subjacente uma definição do Estado que se pretende (re)construir. As práticas de *peacebuilding* têm dado prioridade, acima de tudo, às instituições governa-

⁴² Relatório Brahimi, *cit.*, parágrafo 14.

⁴³ Cf. R. MACIEIRA, “A necessidade de reforma da Organização das Nações Unidas”, in C. M. Branco e F. P. Garcia (coords.), *Os Portugueses nas Nações Unidas*, Lisboa, Prefácio, 2006, p. 362.

⁴⁴ General Assembly, *In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*, A/59/2005, 21 de Março de 2005, parágrafo 114.

⁴⁵ Cf. N. LEMAY-HÉBERT, “Statebuilding without nation-building?”, in *Journal of Intervention and Statebuilding*, vol. 3, n.º 1, 2012, p. 23.

mentais, o que se tem traduzido, por sua vez, numa abordagem que equipara a solidez de um Estado à capacidade das suas instituições para exercerem autoridade. É, assim, uma abordagem institucional⁴⁶ que assenta em três premissas fundamentais: a avaliação dos Estados tem por base o modelo estatal ocidental; uma perspectiva apolítica que separa as instituições do contexto sócio-cultural onde se inserem; quanto mais intervenção externa, melhor será o resultado⁴⁷. Ancorada na ideia weberiana de Estado, esta abordagem perspectiva-o apenas em termos institucionais. Consequentemente, a capacidade administrativa do mesmo é o indicador da sua eficiência⁴⁸.

Esta abordagem tem como principais limitações o facto de negligenciar a capacidade das instituições informais ou tradicionais para fornecerem bens públicos e não ter em conta o contexto social e político. É uma perspectiva eminentemente tecnocrática que ignora o contexto local⁴⁹.

Esta operacionalização do conceito de *peacebuilding* está ancorada nas teorias neo-realistas e neoliberais que consideram os factores materiais e o poder como principal preocupação dos Estados⁵⁰. Os interesses dos actores internacionais são interpretados como algo fixo e imutável⁵¹.

Neste sentido, para fazer face à hegemonia das perspectivas racionalistas e materialistas que dominam o pensamento sobre o *peacebuilding*, considerou-se oportuno ancorar a presente abordagem em premissas do Construtivismo social. As teorias construtivistas, apesar de heterogéneas, têm em comum a ideia de que os aspectos materiais, apesar de serem importantes, não são, por si só, suficientes para explicar as relações internacionais. São as ideias que conferem significado aos elementos materiais⁵². Como defende Katzentstein⁵³, as ideias são centrais nas Relações Internacionais porque os factores materiais não têm sentido sem a componente simbólica que lhe está subjacente.

⁴⁶ Cf. N. LEMAY-HÉBERT, “Statebuilding without nation-building?”, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁷ *Idem, ibidem.*

⁴⁸ Cf. B. BADIE e P. BIRNBAUM, *The Sociology of the State*, Chicago, Chicago University Press, 1983.

⁴⁹ Cf. O. RICHMOND, “The legacy of State formation”, in *International Peacekeeping*, vol. 20, 2013, p. 299.

⁵⁰ Cf. E. CONTEH-MORGAN, “Peacebuilding and human security: A constructivist explanation”, *op. cit.*, p. 72.

⁵¹ Cf. M. C. PINTO, “A small State’s search for relevance: Peace missions as foreign policy”, in *International Peacekeeping*, vol. 21, n.º 3, 2014, p. 394; F. SCHIMMELFENNIG, “Nato enlargement: A constructivist explanation”, in *Security Studies*, vol. 8, n.os 2-3, 1998, p. 200.

⁵² Cf. R. JACKSON e G. SORENSEN, *Introduction to International Relations: Theories and Approaches*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 165.

⁵³ Cf. P. J. KATZENTSTEIN (ed.), *The Culture of National Security Norms and Identity in World Politics*, Nova Iorque, Columbia University Press, 1996.

O Construtivismo convencional examina o papel das normas e da identidade na formação de resultados políticos internacionais. Conforme destacado por Katzenstein *et al.*, o Construtivismo coloca a ênfase na ontologia social, isto é, “ênfatiza como as estruturas ideacionais ou normativas formam os agentes e os seus interesses”⁵⁴. Assim, os indivíduos e os Estados não podem ser separados de um contexto de significado normativo, onde as interpretações epistemológicas do mundo material moldam os interesses, identidade e comportamento dos Estados. O Construtivismo postula que o comportamento ou acção significativa é possível dentro de um contexto social intersubjetivo que plasma as percepções dos actores sobre si mesmos e os outros⁵⁵. Os actores internacionais são incorporados numa estrutura que é tanto material quanto normativa (contendo tanto regras como recursos). No Construtivismo, os Estados estão atentos aos seus interesses e ao seu poder, “mas o que os interesses do Estado são e aquilo em que se tornam, e o sentido e a finalidade do poder, tomam forma dentro – e são constituídas por – uma estrutura normativa que surge e evolui devido às acções e interacções dos Estados e actores não-estatais”⁵⁶.

Neste sentido, e transpondo esta óptica para o *peacebuilding*, é essencial realçar que este deve ter em conta não só questões materiais (criação e fortalecimento de instituições), mas também a questão da legitimidade que subjaz a essas instituições.

Nesta abordagem alternativa, a legitimidade de um Estado tende a estar associada à identidade e aos valores colectivos de uma sociedade e a não ser concebida como um produto automático de instituições fortes⁵⁷. Não se pretende argumentar que as instituições estatais carecem de importância. Há apenas que sublinhar que há que igualmente ter em conta os processos sociopolíticos que promovem ou minam uma governança legítima. Esta observação é particularmente relevante pois, tal como refere Williams⁵⁸, os conflitos intra-estatais tendem a ser uma consequência da falta de legitimidade que os cidadãos percebem nas instituições governamentais que os representam.

⁵⁴ Cf. P. J. KATZENTSTEIN *et al.*, “International organization and the study of world politics”, in P. J. Katzenstein, R. O. Keohane e S. D. Krasner (eds.), *Exploration and Contestation in the Study of World Politics*, Cambridge, MIT Press, 1999, p. 35.

⁵⁵ Cf. J. WELDES, “Constructing national interests”, in *European Journal of International Relations*, vol. 2, n.º 3, 1996, p. 280.

⁵⁶ Cf. E. ADLER e M. BARNETT, *Security Communities*, Cambridge, Cambridge University, 1998, p. 5.

⁵⁷ Cf. N. LEMAY-HÉBERT, “Statebuilding without nation-building?”, *op. cit.*; E. CONTEH-MORGAN, “Peacebuilding and human security: A constructivist explanation”, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁸ Cf. M. WILLIAMS, “(Un)sustainable peacebuilding: NATO’s suitability for post-conflict reconstruction in multi-actor environments”, *op. cit.*

Barry Buzan afirmava que o Estado⁵⁹ tem uma dimensão física (soberania e consenso internacional sobre as fronteiras estatais) e institucional, mas também chamava a atenção para a “ideia” intersubjectiva e culturalmente construída de Estado⁶⁰. Neste sentido, o autor salientava o aspecto da legitimidade do Estado, remetendo para o contracto social implícito e para o consenso ideológico existente numa determinada sociedade.

É importante, nesta perspectiva, que se entenda *peacebuilding*, não apenas como direccionado para a (re)construção de instituições governamentais, mas também como dando importância à natureza complexa da coesão sociopolítica⁶¹. Neste sentido, as intervenções externas de *peacebuilding* devem ter em conta a sua legitimidade, mais concretamente o impacto destas na coesão político-social das sociedades intervencionadas.

Em suma, a definição adoptada de *peacebuilding* remete, não só para a criação de instituições governamentais eficientes, assentes nos princípios da democracia liberal, mas também e sobretudo como um processo que visa restaurar a legitimidade dos governantes e re(socializar) as partes que estiveram em confronto. A tarefa primordial dos *peacebuilders*⁶² é eliminar o *mindset* que foi a causa do incremento da desconfiança e da hostilidade entre as partes em confronto, combatendo as fontes estruturais e culturais de insegurança⁶³. É a diferença entre resolução e transformação do conflito (*conflict resolution* e *conflict transformation*), sendo o último considerado o “nível mais profundo da resolução de conflitos”⁶⁴. A este propósito, John Paul Lederach, afirma que a transformação do conflito é centrada no relacionamento das partes (e não tanto no conteúdo), é focada num processo de longo prazo, em vez de um acordo imediato, e visa uma de-escalada, mais do que uma intervenção vocacionada para a mudança construtiva⁶⁵.

⁵⁹ Cf. N. LEMAY-HÉBERT, “Statebuilding without nation-building?”, *op. cit.*, pp. 24-25.

⁶⁰ Cf. J. WELDES, “Constructing national interests”, *op. cit.*, p. 280.

⁶¹ Cf. N. LEMAY-HÉBERT, “Statebuilding without nation-building?”, *op. cit.*, p. 22.

⁶² Cf. E. CONTEH-MORGAN, “Peacebuilding and human security: A constructivist explanation”, *op. cit.*, p. 76; J. MERTUS, “Improving international peacebuilding efforts”, in *Global Governance*, vol. 10, n.º 3, 2004, p. 333.

⁶³ Cf. O. RAMSBOTHAM, T. WOODHOUSE e H. MIALL, *Contemporary Conflict Resolution*, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 9.

⁶⁵ Cf. J. P. LEDERACH, *The Little Book of Conflict Transformation*, Intercourse, Good Books, 2003, p. 33.

3. As críticas à teoria da “paz liberal”

Apesar da sua crescente importância e do seu uso por parte de uma miríade de actores internacionais, não existe um consenso em relação à conceptualização e operacionalização do conceito de *peacebuilding*.

A actuação dos *peacebuilders* tem sido alvo de atento escrutínio, tendo a sua actuação sido alvo de duras críticas. No seu conjunto, elas vieram a constituir a chamada visão crítica da “paz liberal”. Esta perspectiva critica a atuação dos actores internacionais nos palcos pós-conflito, afirmando que estes preocupam-se apenas com implementar o modelo liberal ocidental (democracia, Estado de Direito, economia de mercado)⁶⁶ de modo a expandirem a sua área de influência, não tendo em consideração as características específicas e necessidades da população do Estado auxiliado. Segundo Lidén *et al.*, o objectivo assenta na reprodução de “the (neo)-liberal (meaning a market democracy) sovereign state and a liberal normative and institutional system of government and international governance”⁶⁷. Esta opção pelo modelo da “paz liberal”, advogado pela Comissão de Consolidação da Paz, pode ter conduzido a alguns casos de Estados parcialmente “falhados”⁶⁸.

A teoria questiona o facto de a implementação da democracia poder solucionar os conflitos, afirmando que cada território tem as suas particularidades e que não deve ser aplicada uma abordagem geral para todas as situações. Segundo esta teoria, por regra não são respeitadas as especificidades dos países onde as missões de *peacebuilding* decorrem. A teoria crítica defende o conceito de “*local ownership*”, que resguarda a ideia de que a sociedade local deve estar na linha da frente do projeto de reconstrução de paz: as instituições são legítimas se forem construídas pela própria comunidade.

As operações de *peacebuilding* e *statebuilding* fornecem, de facto, estabilidade e segurança nas regiões onde operam. O *statebuilding* é entendido como a criação e o desenvolvimento de “transparent and accountable political structures, professional public administrations, and civilian-controlled security services”⁶⁹. Esta abordagem peca, porém, pelo facto de: não ser capaz de abordar as

⁶⁶ Cf. R. PARIS, “International peacebuilding and the «Mission Civilisatrice»”, in *Review of International Studies*, vol. 28, 2002, pp. 637-656.

⁶⁷ Cf. LIDÉN *et al.*, “Introduction: Beyond northern epistemologies of peace”, in *International Peacekeeping*, vol. 16, n.º 5, 2009, p. 587. Cf. também J. FRANKS e P. O. RICHMOND, “Co-opting liberal peace-building: Untying the gordian knot in Kosovo”, in *Cooperation and Conflict*, vol. 43, n.º 1, 2008, pp. 82-83.

⁶⁸ Cf. J. CHOPRA, “State building failure in East Timor”, in *Development and Change*, vol. 33, n.º 5, 2002; W. ZARTMAN, *Collapsed States*, Boulder, Lynne Rienner, 1995; R. I. ROTBERG, *When States Fail*, Princeton, Princeton University Press, 2003.

⁶⁹ Cf. P. C. MCMAHON e J. WESTERN, “Introduction: The supply side of statebuilding”, in P. C.

causas e dinâmicas inerentes ao conflito; não levar em consideração as dinâmicas culturais da região na reconstrução das infraestruturas estatais, o que gera falta de credibilidade e legitimidade das mesmas aos olhos da sociedade; não ser realizada por motivações puramente altruístas e de solidariedade, mas sim pelo facto de servir interesses e estratégias dos *peacebuilders*.

Autores como R. Paris afirmam que, em vez de implementar e assegurar a sustentabilidade da paz no pós-conflito, a imposição do modelo democrático e de mercado cria um maior clima de instabilidade ao exacerbar tensões já existentes, o que pode levar a um reacender do conflito: “Peacebuilders [placed] their faith in rapid democratization and marketization as a means of consolidating peace in countries that were just emerging from civil wars. As it turned out, however, immediate liberalization generated a number of destabilizing side effects that endangered the very peace that such policies were intended to strengthen. This conclusion has cast doubt on the prevailing methods of peacebuilding”⁷⁰.

A própria escolha das regiões onde é implantada uma missão de *peacebuilding* demonstra os interesses dos actores do *peacebuilding*. “[T]he selective nature of peace-building operations and interventions that take place in countries rich in natural resources, with a geopolitical or geostrategic importance[,] does not seem to be accidental”⁷¹.

Deveria igualmente haver uma maior aproximação entre os actores internacionais e os locais de forma a articular as melhores soluções de reconstrução: “If the true aim of peace-building operations is to build peace and not to serve the political interests of the interveners, then the best way to do so is to [seek] the best combination of bottom-up and top-down change while taking into account the local ideas and particularities”⁷². Conforme Freire e Lopes sublinham, “inviabilizar dinâmicas locais pode levar a formas de resistência, que mesmo que controladas em determinados contextos, podem, a seu tempo, revelar-se desestabilizadoras”⁷³.

Os autores da teoria crítica argumentam que os valores promovidos pelas atividades de *peacebuilding* são normalmente os das potências ocidentais ou Organizações Internacionais, criadas sob a égide de valores liberais/ociden-

McMahon e J. Western (eds.), *The International Community and Statebuilding*, Abingdon/Nova Iorque, Oxon/Routledge, 2012, p. 1.

⁷⁰ Cf. R. PARIS, *At War's End: Building Peace After Civil Conflict*, Cambridge, Cambridge U.P., 2004, p. 235.

⁷¹ Cf. Z. TZIARRAS, “Liberal peace and peace-building: Another critique”, *The GW Post Research Paper*, 2012, p. 8.

⁷² *Idem, ibidem*, p. 2.

⁷³ Cf. M. R. FREIRE e P. D. LOPES, “Consolidação da paz numa perspectiva crítica: O caso de Timor-Leste”, *op. cit.*, p. 11.

tais⁷⁴. Tratando-se-se da reconstrução e reconciliação de determinadas sociedades, com particularidades culturais e históricas, é pertinente questionar a forma como os actores externos intervêm: “It is this confluence with statebuilding, as simultaneously an international project and a domestic affair that poses the greatest challenge to this effort”⁷⁵.

Mac Ginty reúne as críticas ao *peacebuilding* em dez pontos: (1) é etnocêntrico: a direcção das actividades está sob a alçada dos países mais poderosos (geralmente ocidentais) e reflectem os seus interesses e expectativas; (2) é elitista: o poder está nas mãos das elites políticas e económicas, tanto ao nível internacional, como ao nível das elites locais, mesmo sendo estas as responsáveis pela eclosão do conflito; (3) concentra-se em demasia na segurança relegando para segundo plano a emancipação e diversidade; (4) é superficial: responde primeiramente a situações de conflito directo, ao invés de se concentrar nas causas subjacentes, o que faz com que a paz construída não seja sustentável; (5) reduz o reconstruir da paz à tecnocracia; (6) implementa uma intervenção pré-programada, em vez de se adaptar ao cenário local; (7) os orçamentos das missões são normalmente de curto-prazo e são balizados pelos ciclos políticos; (8) tem um carácter neoliberal: por regra, ignora os custos sociais; (9) cria uma paz fictícia: as relações de poder na sociedade receptora permanecem inalteradas; (10) na maior parte das vezes não correspondem às expectativas da sociedade receptora⁷⁶.

4. Conclusão

Este trabalho explorou a adequação das missões de *peacebuilding* aos objectivos de construção, manutenção e consolidação da paz da ONU. O ambiente de segurança global do pós-11 de Setembro pôs em evidência as ameaças que podem advir de Estados falhados, subdesenvolvidos e com fraca governança, assim como as dinâmicas negativas que os interconectam, o que reforçou a ênfase internacional nos esforços de reconstrução de paz.

Os esforços de *statebuilding* têm vindo a ser alvo de graves críticas, sendo estes muitas vezes associados ao cariz de “missão civilizacional” típica dos

⁷⁴ Cf. P. C. MCMAHON e J. WESTERN, “Introduction: The supply side of statebuilding”, *op. cit.*, p. 6; T. BARKAWI e M. LAFFEY, “The imperial peace: Democracy, force and globalization”, *in European Journal of International Relations*, vol. 5, n.º 4, 2004, pp. 403-434.

⁷⁵ Cf. P. C. MCMAHON e J. WESTERN, “Introduction: The supply side of statebuilding”, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁶ Cf. R. MAC GINTY, *International Peacebuilding and Local Resistance*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2011, pp. 41-42. Cf. ainda LIDÉN *et al.*, “Introduction: Beyond northern epistemologies of peace”, *op. cit.*, pp. 587-588.

européus na era colonial. Os seus maiores críticos afirmam que as atividades de *statebuilding* servem apenas para os Estados mais fortes criarem e moldarem os Estados mais fracos de acordo com os seus parâmetros, para que estes sejam fáceis de dominar, não tendo em consideração as necessidades reais da população.

É possível observar uma tentativa de ir mais além da abordagem tradicional, focada maioritariamente no *statebuilding*: a preocupação com o reestruturar das instituições estaduais em sintonia com as elites governamentais do país e os atores estaduais, em detrimento de um maior envolvimento dos atores locais que possuem uma melhor percepção do que realmente se passa do terreno.

A melhor maneira de tornar o *peacebuilding* mais eficaz e correto seria redimensionar o peso da abordagem liberal ocidental. Estas missões favorecem a promoção de uma “paz institucional”, que não integra muitas vezes, como dimensões centrais da sua consolidação e sustentabilidade, o desenvolvimento de uma cultura e práticas políticas democráticas (por exemplo, em contextos onde estas são muitas vezes inexistentes), a falta de autonomia das forças locais e que falha mesmo na capacitação de recursos.

A construção dos Estados pela via do modelo de “paz liberal” nem sempre tem contribuído para assegurar Estados viáveis. Vários estudos demonstram que certos Estados intervencionados não são estáveis, precisamente, porque a construção da “paz liberal” se baseou num conjunto de interesses internacionais, mais do que em atender aos interesses locais. É fundamental que o *peacebuilding* tenha em consideração as causas mais profundas do conflito, pois só dessa forma pode criar resultados duradouros. Tal implica construir instituições e capacitá-las para que estas, em consonância com as autoridades políticas e a sociedade civil local, possam gerir eventuais focos de conflito. O *peacebuilding* deve, por fim, visar o fortalecimento da coesão social, da reconciliação entre grupos sociais e da legitimidade dos governos. Neste sentido, a questão da legitimidade das instituições assume-se como um aspecto absolutamente central para garantir a prossecução de práticas de *peacebuilding* sustentáveis e bem-sucedidas.

MECANISMOS DE PROTECÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA REGIÃO ÁSIA PACÍFICO EM ESPECIAL, NA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA

Maria Leonor Machado Esteves¹

1. Introdução – O problema “direitos humanos”, hoje.

Algumas observações preliminares.

Falar de protecção dos direitos humanos continua a ser aludir a um problema complexo e sensível que revela a tensão, incurável, entre a tutela dos direitos humanos e o princípio tradicional da soberania estadual: enquanto o Direito Internacional pressupõe uma necessidade de estabelecer regras de coexistência entre os Estados, o Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece princípios e regras de relacionamento dos Estados com os seus nacionais ou com residentes no seu território – os direitos humanos conferem aos indivíduos a possibilidade de invocar direitos oponíveis directamente nas relações que emergem da ordem jurídica dos Estados e perante as suas autoridades públicas.

Percebe-se como a aceitação da protecção internacional do indivíduo, traduzindo-se num grave atentado à ideia clássica da soberania estadual, na sua dimensão interna (os Estados aceitam mais facilmente a protecção de estrangeiros do que a protecção dos seus nacionais) seja olhada com dificuldade – é, ainda recorrente, a tendência para considerar a questão como “assunto

¹ Investigadora do Centro Interdisciplinar de Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho, ex-docente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau e ex-assessora do Gabinete da Secretária para a Administração e Justiça da RAEM.

interno” e argumentar com a proibição de ingerência. O reconhecimento dos instrumentos internacionais referentes aos direitos humanos, por um Estado, significa, afinal, o reconhecimento por esse Estado de limites à sua actuação, de limites à ideia de soberania no domínio interno (e, também, no domínio internacional).

Deve reconhecer-se que o discurso e a retórica dos direitos humanos é, hoje, parte da denominada “globalização”, o que, se transporta consigo uma dimensão manifestamente positiva, tem, ao mesmo tempo, conduzido a algumas subversões e perversões, em particular, a apropriação e manipulação do conceito direitos humanos para a prossecução de finalidades que lhe são estrangeiras, se não, opostas.

Estamos lembrados de como as ideias de “humanidade” e de “civilização” do Iluminismo europeu serviram o colonialismo que caracterizou a “mundialização” do século XIX e inícios do século XX. A “liberdade” e “igualdade” vinculadas a um entendimento fundado no naturalismo científico e no evolucionismo social apoiaram a concepção bipolarizada do Outro, enquanto inferior e objecto de domínio. As ciências naturais, em particular a biologia, coadjuvadas pelas ciências sociais, a antropologia, a sociologia² e pelas ciências linguísticas³, forneceram a explicação e a justificação para as desigualdades humanas que se encontravam na *natureza das coisas*.

Contemporaneamente, o intercâmbio de ideias propiciado pela tecnologia de informação e o surgimento de canais de comunicação com a abertura dos mercados, permitiram que os conceitos e o discurso dos direitos humanos alcançassem, nos finais do século XX, uma dimensão à escala global. Parafraseando Michael Freeman, “a cultura dos Direitos Humanos já não é mais a cultura ocidental. Não é já matéria de acordo entre elites estaduais. É um movimento político-cultural global”⁴.

Não deverá imputar-se ao acaso o compromisso, improvável, que, no início do presente século surge na Constituição da República Popular da Chi-

² As ciências sociais forneceram um importante reforço da ideia das desigualdades humanas fundadas na “raça”. Cf. MICHEL WIEVIORKA, *El Espacio del Racismo*, Madrid, Ed. Paidós, 1992, p. 29.

³ Sobre o contributo da antropologia, da linguística e da etnografia para o discurso de oposição e de superioridade em relação ao outro, que, desde o século XVIII, procurava apoiar-se em bases pretensamente científicas servindo a estratégia expansionista europeia, em especial a francesa e a inglesa, cf. EDWARD SAID, *Orientalismo*, Lisboa, Livros Cotovia, 1996, em particular, pp. 144 e ss.

⁴ *Apud* REIN MÜLLERSON, “On cultural differences, levels of societal development and universal human rights”, in Jersy Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, Haia, Kluwer Law International, 1996, pp. 927-954, em particular, p. 948.

na⁵ e na Constituição da Coreia do Norte⁶, quanto ao “respeito e protecção dos direitos humanos”.

Um pouco por todo o mundo assistiu-se, na derradeira década do século XX, a um fenómeno peculiar, a realização de cerimónias de “pedido público de perdão” pelas graves ofensas de direitos humanos fundamentais, cometidas, no passado, por instituições de poder (os Estados europeus pedem perdão pela pretérita política de escravização dos povos africanos, a Igreja Católica pede perdão pelas atrocidades cometidas pela Inquisição, a Alemanha pede perdão pelos crimes cometidos contra os judeus). A “proliferação destas cenas públicas de arrependimento e de «perdão»”, diz Jacques Derrida, para além da contaminação proveniente de um certa hipocrisia ou de um exercício de cálculo político, esta cerimónia de contrição “significa, indubitavelmente, uma *urgência universal de memória*” que remete para o que vem sendo cognominado “crimes contra a humanidade” cometidos ao longo da história dos homens e que é necessário recordar. O conceito de “crime contra a humanidade”, continua Derrida, “permanece no horizonte de toda a geopolítica do perdão”⁷.

Paralelamente, os países que se reclamam da democracia fazem declarações compromissórias de respeito pelos direitos humanos, sendo os principais fatores das decisões tomadas, internacionalmente, sobre as sanções económicas a aplicar aos Estados classificados como incumpridores das exigências

⁵ “The State respect and protect human rights” – tradução oficial inglesa do parágrafo 2 do artigo 33.º, acrescentado através da revisão constitucional aprovada pela Assembleia Nacional Popular da República Popular da China no mês de Março de 2004, texto disponível em www.lawinfochina.com [13.02.2016].

⁶ A Constituição da República Democrática Popular da Coreia, objecto de uma revisão importante no ano de 1989, consagra, desde a revisão de 2009, uma expressão análoga à introduzida, em 2004, na Constituição chinesa: O artigo 8.º apresenta a seguinte redacção: “The State shall defend the interests of the workers, peasants, soldiers, working intellectuals and all working people who had freed from exploitation and oppression and become the masters of the State and society, and respect and protect human rights”. Cf. *Socialist Constitution of the Democratic People’s Republic of Korea*, 2014, disponível em www.naenara.com.kp [13.02.2016].

⁷ Cf. *Foi et Savoir, suivi de Le siècle et le Pardon (entretient avec Michel Wieviorka)*, Éditions du Seuil, 2000, pp. 104-106, em itálico no original. Deve, porém, ser assinalado que, neste movimento de contrição pública, não se envolveram Estados como a Turquia que, até hoje, recusa assumir a responsabilidade no genocídio arménio, antes e durante a I Guerra Mundial, e o Japão que persiste na não aceitação, integral, das imputações quanto aos crimes de guerra e aos crimes contra a humanidade cometidos na Região Asiática, em especial, na China, desde a incursão armada na Manchúria em 1933 até ao Verão de 1945. Recentemente, na sequência de prolongadas negociações diplomáticas com o Governo Sul-Coreano, as autoridades japonesas reconheceram a responsabilidade civil atinente às condutas desumanas que vitimizaram a população coreana, decorrentes, em particular, da política de prostituição forçada a que foram submetidas as mulheres deslocadas para as “casas de conforto” destinadas aos membros do exército japonês, aceitando efectuar o pagamento de uma indemnização de mil milhões de ienes, cerca de 7 milhões e meio de euros. Veja-se artigo de Clara Barata, publicado no *Jornal Público on line*, em 28 de Dezembro de 2015.

de respeito e tutela desses direitos, porém recusam ou negligenciam críticas aos seus próprios modos de actuação, como é o caso dos Estados Unidos da América, quer dentro de portas em relação aos seus nacionais, ou a cidadãos estrangeiros, quer no âmbito de incursões armadas nos territórios de outros Estados. Diga-se que proveio dos Estados Unidos da América e da Inglaterra o discurso, aceite mais ou menos relutantemente, por Estados integrantes da União Europeia, tendente à “legitimação” ou, pelo menos, “justificação” de intervenções armadas unilaterais por parte de Estados ou de organizações internacionais de cariz militar com a finalidade de reprimir graves violações dos direitos humanos fundamentais, caucionando-se o uso da força militar por “razões humanitárias”, o que se traduz, na prática, numa forma de contornar a proibição jurídico-internacional da “guerra de agressão”⁸.

Não surpreende, neste quadro, a persistente recusa do governo americano de ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional Permanente e a da correlata aceitação da competência dessa instituição jurisdicional internacional para julgar os “crimes de guerra”, os “crimes de genocídio” e os “crimes contra a humanidade”.

Sabe-se que, a seguir ao atentado terrorista de 11 de Setembro de 2001, foi instituído, pelo Estado americano, um modelo jurídico securitário caracterizado por normas de excepção que circunscrevem uma limitação dos direitos, garantias e liberdades fundamentais das pessoas, no que foram seguidos, na Europa, pela Inglaterra, e, na Ásia, pelas Filipinas, Malásia e Singapura⁹, e

⁸ Considerada ilícita pelo Pacto de Paris, de 27 de Fevereiro de 1928, justamente denominado *Pacto Briand-Kellog*, em homenagem aos seus impulsionadores, o Ministro francês dos Negócios Estrangeiros, Aristide Briand, e o Secretário de Estado dos EUA, Frank B. Kellog, assinado em 27 de Agosto de 1928. No ano de 1935, aquando da invasão da Abissínia pela Itália, havia recebido as ratificações e adesões de 51 Estados, incluindo a do Estado invasor. Reprovada, expressamente, na Carta das Nações Unidas e classificada como crime no Pós-Guerra, na Carta do Tribunal Militar Internacional de Nuremberga e na Carta do Tribunal para o Extremo-Oriente, a criminalização da guerra de agressão no Estatuto do Tribunal Penal Internacional Permanente de 1998 não logrou, até ao momento, obter consenso. Cf. *Kellog-Briand Pact 1928*, disponível em <http://avalon.law.yale.edu> [13.02.2016]; *The Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, vol. I, Nuremberga, 1947; *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, in NEIL BOISTER e ROBERT CRYER (eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment, and Judgments*, Nova Iorque, Oxford University Press, 2008, pp. 7-11; *Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998*, disponível em www.icc-cpi.int [13.02.2016].

⁹ À aprovação pelos Estados Unidos do *Patriot Act* – “Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism”, disponível em www.senate.gov/legislative/index.html [13.02.2016], sucede-se o diploma apresentado pelo Governo inglês ao Parlamento britânico “Anti-terrorism Crime and Security Bill”, disponível em www.parliament.the-stationery-office.co.uk [13.02.2016]; diplomas que certificam uma análoga positivação de um regime de excepção que limita substancialmente o princípios e as garantias processuais penais. Ora, nas Filipinas, na Malásia e em Singapura, entraram em vigor, logo depois, Leis de Segurança, igualmente res-

conhecem-se as iniciativas diplomáticas da América resultantes na celebração de acordos com países asiáticos onde se excepciona, no domínio das obrigações decorrentes da ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, por esses países, a entrega ao Tribunal dos soldados americanos eventualmente suspeitos da prática dos crimes internacionais definidos no Estatuto¹⁰.

No ano de 2002, é ratificada pelos respectivos governos a Declaração para a Estabelecimento da Organização de Cooperação de Xangai SCO, de 15 de Junho de 2001, cujos membros, a China, a Rússia, o Cazaquistão, o Tadjiquistão, e o Uzbequistão, aprovam, na mesma data, uma Convenção para o Combate ao Terrorismo, Separatismo e Extremismo. No dia 7 de Junho de 2002 é criada, por Acordo assinado em São Petersburgo, uma Estrutura Regional Antiterrorismo¹¹. Da actuação desta Organização Regional – de acordo com a análise e avaliação efectuada pela ONG Human Rights in China (HRIC), a acção deste organismo apoia-se na *Teoria dos Três Males (terrorismo, separatismo e extremismo)* desenvolvida pela China, caracterizada por uma intencional amplitude e indefinição dos referidos conceitos, na introdução do elemento “ideológico” na tipificação do crime de terrorismo na Convenção de 2009¹² – tem vindo a concretizar-se na militarização de determinadas zonas habitadas por minorias étnicas e/ou religiosas, cuja população está sujeita a identificação

tritivas dos princípios garantísticos do “*due process*” ou “*fair trial*”. Se, nas Filipinas, essa Lei de Segurança serviu, durante a administração Arroyo, para uma repressão feroz do grupo separatista Abu Sayyaf, através do que bem pode qualificar-se como terror de Estado, execuções sumárias, bombardeamentos indiscriminados de determinadas zonas do território, evacuações forçadas, na Malásia, coadjuvou a perseguição sistemática contra grupos da população, traduzida em detenções massivas em campos e uso da tortura, como foi, oportunamente, denunciado pela Comissão Nacional de Direitos Humanos, SUHAKAM. Cf., a este propósito, as comunicações apresentadas na 18.º Conferência da Law Asia, subordinada ao tema *Recent Human Rights Topics in the Asia/Pacific Region: Human Rights Situation after 9.11*, que decorreu em Tóquio, de 1 a 5 de Setembro de 2003, em particular, sobre a situação nas Filipinas, a comunicação de RACHEL F. PASTORES, “The Philippines after 9/11”, e, sobre a situação na Malásia, a comunicação de MAH WENG KWAI, “Human rights in Malaysia post-September 11”.

¹⁰ Dê-se como exemplo o Pacto de Imunidade celebrado entre os Estados Unidos e as Filipinas, *RP-US Immunity Pact*. Na região da Ásia, idênticos acordos foram assinados pela América com o Japão e com a Coreia do Sul, no âmbito das relações de cooperação militar. Cf. RACHEL F. PASTORES, “The Philippines after 9/11”, *cit.*

¹¹ Cf. “Appendix A: Key normative documents of the Shanghai Cooperation Organization”, in *Counter-Terrorism and Human Rights: The Impact of the Shanghai Cooperation Organization, A Human Rights in China Whitepaper*, 2011, disponível em <http://hrichina.org> [13.02.2016].

¹² O artigo 2.º da Convenção para o Combate ao Terrorismo da Organização de Cooperação de Xangai, de Junho de 2009, dispõe, no n.º 2: “terrorism – an ideology of violence, and the practice of exerting influence on the decision-making of governments or international organizations by threatening or committing violent and (or) other criminal acts, connected with intimidating the population and aimed at causing injury to private individuals, society or the state”; tradução inglesa, não oficial, do texto russo, “Appendix A”, *cit.*, p. 196 (itálico nosso).

e registo em “Listas Negras”, em detenções abusivas e prolongadas no tempo, por vezes em regime de incomunicabilidade e no uso da tortura como meio de obter confissões¹³.

Nos nossos dias, na sequência dos crimes terroristas cometidos em França, em 2015, alegadas “razões de segurança” estão a suportar a criação de medidas de emergência próprias de um Estado policial, no coração da Europa que, postergando direitos fundamentais dos cidadãos, ameaçam os próprios fundamentos do Estado de Direito. Ressurge a figura do Estado de exceção que desenha, as palavras são de Giorgio Agamben, um “limiar de indeterminação entre a democracia e o absolutismo” e que segundo este autor “tende cada vez mais a tornar-se o paradigma de governo dominante na política contemporânea”¹⁴. Desde que a teoria da “exceção” foi delineada por Carl Schmitt, na segunda década do século XX, e se desenvolveu durante os anos 1930, acompanhando o estertor das democracias europeias¹⁵, que o estado de “exceção” se caracteriza por uma realidade fática pura, “vazia de qualquer determinação”, uma “anomia”, um espaço vazio de direito que possui uma dimensão constitutiva que traz consigo a pura violência¹⁶.

É, finalmente, necessário ter em atenção que, hoje, as ameaças aos direitos humanos não emergem, apenas, das decisões tomadas no quadro interno estadual ou no âmbito inter-governamental. Na sociedade internacional contemporânea o poder não é, mais, apenas, apanágio do Estado, pulveriza-se por diversas instâncias, os novos *centros de poder – a economia, a ciência, a técnica*

¹³ Cf. *Counter-Terrorism and Human Rights...*, cit., onde se faz reiterada referência aos Relatórios da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre a matéria, dando conta de grave incumprimento das regras do processo penal justo, de execuções sumárias, da prática de julgamentos à revelia, de violência praticada contra mulheres de minorias étnicas, pp. 39 e ss. e 61-112, em particular, nota 222, pp. 61-62.

¹⁴ Cf. GIORGIO AGAMBEN, *Estado de Exceção*, Lisboa, Edições 70, 2015, p. 13.

¹⁵ Schmitt alicerça a teoria sobre o poder de Estado, que torna pública nas obras *A Ditadura* (1921) e *Teologia Política* (1922) no conceito de “ditadura” que se funda na “decisão sobre a exceção”. O poder soberano traduz-se, essencialmente, na faculdade de decidir sobre o estado de exceção, em bom rigor “sobre o que deve considerar-se situação de exceção”, como afirma DIOGO PIRES AURÉLIO, *Maquiavel & Herdeiros*, Lisboa, Círculo de Leitores, 2012. Sobre a teoria do Direito e do Estado de Carl Schmitt, cf. MARIA LEONOR M. ESTEVES, *Contributo Para uma Reflexão em Torno do Sentido e do Fundamento dos Crimes contra a Humanidade*, dissertação para Doutoramento, Facultad de Derecho, Universidade de Santiago de Compostela, 2015, pp. 199-217.

¹⁶ Cf. GIORGIO AGAMBEN, *Estado de Exceção*, op. cit., pp. 94-95. Aludindo à prorrogação do estado de emergência em França, até ao final do mês de Fevereiro de 2016, Agamben alerta para os perigos da criação de um Estado securitário, cujos mecanismos jurídicos “minam os fundamentos da democracia moderna”. O Estado securitário é um estado policial, porque “eclipsado o poder judiciário, generaliza a margem discricionária da polícia, a qual, num estado de emergência tornado normal, age cada vez mais como poder soberano”. Artigo publicado no Jornal *Le Monde*, edição de 23 de Dezembro de 2015, também disponível in *Courrier Internacional*, edição de Fevereiro de 2016, n.º 240, pp. 24-25.

e a tecnologia. Centros de poder próprios da moderna “civilização técnica” que intenta “nivelar” “massificar” e “quantificar” os seres humanos¹⁷, postergando o princípio de respeito pela singularidade e autenticidade de cada pessoa individual, expressão da sua intangível dignidade. Neste domínio, não poderemos deixar de assinalar os perigos que se prefiguram no horizonte e que não podem, quanto a nós, ser negligenciados, emergentes da combinação de alegadas “certezas científicas” com pressupostos eugénicos ou economicistas que condenarão à morte pessoas deficientes ou idosas, bem como os riscos decorrentes do uso incontroado, no âmbito da biogenética, das técnicas de manipulação de genes, seja a clonagem ou o cruzamento de espécies que poderão concretizar-se em ofensas irreversíveis ao *reduto humano identitário onde habita a sua essencial dignidade*.

Um exemplo paradigmático encontra-se, quanto a nós, na “nova” utopia que perpassa pelas auto-denominadas teorias “transumanistas” que transportam a promessa de criação de “seres humanos superiores”, libertados dos seus condicionalismos biológicos¹⁸. A novidade destas teses situa-se, não nos seus pressupostos, que são oitocentistas – o naturalismo científico, o experimentalismo como critério metodológico e valorativo, a subordinação da ética à realização concreta presente e às expectativas futuras, cujas infundáveis possibilidades se fundam na razão, na ciência e na técnica – a que acresce o fascínio pela tecnologia, característica da primeira metade do século XX, mas no apelo ao uso das modernas técnicas de selecção genética, da nanotecnologia na manipulação de agentes químicos e biológicos, da robótica e da inteligência artificial, que, no pensamento de Francis Fukuyama, que subscrevemos, significará modificar o que de característico e identitário existe na natureza humana, sem que se possa prever o que resultará dessa transformação no futuro¹⁹. Por outras palavras, de verdadeiramente novo, estas teorias trazem uma ameaça que não se situa já no plano da ficção científica – como são exemplo as obras literárias *A Ilha do Dr. Moreau* de H. G. Wells e o *Admirável Mundo Novo* de Aldous Huxley – dirigida à identidade e autenticidade da espécie humana, *aquilo que o homem é, a sua humanidade*.

¹⁷ Sobre as formas de poder que se desenvolveram na sociedade tecnológica, cf. JOAN CARLES MÉLLICH, *Totalitarismo y Fecundidad: La Filosofía Frente a Auschwitz*, Barcelona, Anthropos Editorial, 1986, pp. 20 e ss.

¹⁸ Para uma aproximação às teses transumanistas, cf. NICK BOSTROM, “What is transhumanism?” [e as demais fontes citadas neste artigo] in *World Transhumanist Association*, disponível em www.transhumanism.org/resouces/transhumanism.htm [20.11.2014]; também, LILIA MORALES Y MORI, “El transhumanismo”, *Asociación Transhumanista Latinoamericana*, disponível em www.transhumanismo.org [20.11.2014].

¹⁹ *Transhumanism: Special Report*, Foreign Policy, disponível em www.foreignpolicy.com/2009/10/23/transhumanism/ [16.08.2015].

2. Da condicionalidade histórico-cultural da origem e evolução dos Direitos Humanos

2.1. O Problema

Se o requisito acerca da impossibilidade de universalização dos direitos humanos perdeu boa parte da virulência que atingiu nas últimas décadas do século que findou, ao menos na região Ásia-Pacífico, a discussão em torno da matriz cultural do conceito direitos humanos não se esgotou, ainda.

Atende-se, frequentemente, ao pressuposto de que os distintos entendimentos em torno dos direitos fundamentais reconhecidos ao indivíduo numa sociedade reflectem diferentes quadros axiológicos e éticos, fundados nas convicções filosóficas e religiosas próprias dessa sociedade. Portanto, há que compreender e, eventualmente, aceitar, a recusa da universalidade dos direitos humanos, incompatível com a existência de valores culturais diferentes dos valores ocidentais que os enformam.

Na região da Ásia Oriental a relevância conferida aos “valores asiáticos” em que avultam os *deveres e responsabilidades individuais* relativamente à comunidade²⁰ suportados por princípios de coesão, estabilidade e harmonia social, fortemente radicados no ideário filosófico confuciano e julgados indispensáveis à preservação da mesma comunidade e num forte sentimento de pertença comunitária que se opõe ao chamado “*individualismo ocidental*”, surge, esplendorosamente, no *White Paper* publicado pela República Popular da China, em 1991, onde se afirma a prioridade dos direitos económicos sobre os direitos políticos²¹, e é reiterada no discurso proferido na Conferência de Viena de 1993, por Liu Huaqiu, chefe da delegação chinesa²².

²⁰ A primazia concedida aos deveres sobre os direitos – o caminho para a dignidade humana percorrer-se-ia através de *deveres* – encontra-se na cultura confuciana, hindu e muçulmana e liga-se a uma exigência de manutenção da coesão social. Cf. YASH GHAI, “Are «human rights» an ethnocentric concept?”, in *Seminário Internacional Globalização e Diferença: O Direito Ocidental em Contextos Não Ocidentais*, organização da Faculdade de Direito da Universidade de Macau e da Fundação Macau, Fevereiro, 1996. Cf. também, J. TANG (ed.), *Human Rights and International Relations in the Asia Pacific*, Londres, Pinter, 1995. Sobre a matéria, cf., ainda, REIN MÜLLERSON, “On cultural differences, levels of societal development and universal human rights”, *op. cit.*, p. 929.

²¹ Disponível em www.chinahumanrights.org [16.08.2015].

²² “The concept of human rights is a product of historical development[.] Different historical development stages have different human rights requirements. Countries at *different development stages* or with *different historical tradition and cultural backgrounds* also have *different understanding and practice of human rights*. Thus, *one should not and cannot think of the human rights standard and model of certain countries as the only proper ones and demand all countries to comply*

É, justamente, na década de 1990 que, nos discursos oficiais chineses e na doutrina produzida no seio da Associação Chinesa de Estudos em Direitos Humanos, se desenvolve a tese acerca da *hierarquia* entre os direitos humanos e se dá prevalência aos direitos económicos e sociais com o argumento – esgrimido por estudiosos, desde o século XIX e, convenhamos, irrefutável – de que quem vive abaixo do limiar mínimo da existência aspira, em primeiro lugar, à sobrevivência, não se lhe colocando, no difícil quotidiano, qualquer exigência quanto a outros direitos como a liberdade de expressão ou a participação política. Em conformidade, no quadro dos direitos humanos, erige-se, em lugar cimeiro, o *direito à subsistência*²³.

Não pode negar-se que a pobreza, endémica em algumas sociedades, é um obstáculo primordial à realização das exigências decorrentes da protecção dos direitos humanos, como bem afirma Yash Ghai. Propondo a análise do “problema direitos humanos” *situada* “no contexto asiático”, considera que, mais do que a “especificidade cultural”, é indispensável ter em atenção as “condições materiais” em que vivem as pessoas em determinada sociedade que, em definitivo, influenciam a percepção que elas têm dos seus direitos e constituem uma das mais importantes causas da denegação dos direitos fundamentais por parte da administração²⁴. De acordo com este autor, ex-director da Faculdade de Direito da Universidade de Hong-Kong, o debate em redor da condicionalidade cultural dos direitos humanos e, portanto, da recusa da sua universalidade é “essencialmente político”. Na verdade, os direitos humanos são determinados histórica e evolutivamente como, aliás, aconteceu na Europa que, há pouco mais de dois séculos atrás, considerava admissível a escravatura, a tortura no processo penal, a aplicação de penas corporais, a discriminação de determinados grupos de população. De resto, a noção de “cultura” é, em si mesma, problemática. A “*culturalização*” dos direitos humanos que parte, as mais das vezes, de um pressuposto errado e perigoso, o entendimento da cultura como construção a-histórica, meramente social e estática, não evolutiva, imune a influências externas e internas²⁵, justifica as relações de domínio estabelecidas em favor de uma classe, de uma casta, de um partido e práticas que atentam contra valores humanos nucleares como o “*sati*” na Índia, a mutilação genital,

with them”. Statement by Liu Huaqiu, Head of Chinese Delegation”, *apud* J. TANG (ed.), *Human Rights and International Relations in the Asia Pacific*, *op. cit.*, pp. 213-217 (itálico nosso).

²³ Este *direito à subsistência* surge com uma importância análoga ao *direito à soberania nacional e à auto-determinação* no discurso e retórica chineses sobre os direitos humanos, desde a violenta repressão de Tiananmen.

²⁴ Cf. YASH GHAI, “Are «human rights» an ethnocentric concept?”, *cit.*, p. 6. Cf., também, REIN MÜLLERSON, “On cultural differences, levels of societal development and universal human rights”, *op. cit.*, pp. 949-950.

²⁵ Sobre os riscos que contém este entendimento, cf. EDWARD SAID, *Orientalismo*, *op. cit.*

em comunidades africanas, as penas degradantes e desumanas em comunidades muçulmanas²⁶.

Parece que a glória e, simultaneamente, o infortúnio da teoria dos direitos humanos, referida a uma dignidade humana intangível, se circunscreve ao facto de, ao afirmar e reforçar uma esfera de autonomia dos cidadãos face ao Estado como forma de prevenir a arbitrariedade e contribuir para o desenvolvimento da sociedade²⁷, ao mesmo tempo, ergue obstáculos intransponíveis nas relações de poder, o que provoca movimentos convulsivos no sistema social instituído.

A primazia concedida na China ao argumento “cultural” vem-se deslocando ou, ao menos, temperando com a relevância outorgada, nos últimos tempos, ao argumento dos “*diferentes estádios evolutivos das sociedades*” que não se acomodam a um entendimento monolítico dos direitos humanos²⁸. Aceite a “universalidade” da “dignidade humana”, salvaguarda-se, contudo um entendimento específico e “próprio” quanto à *densificação do seu sentido*, à *determinação do seu âmbito*, bem como ao *modelo de protecção das suas manifestações concretas*, mediante a consagração de direitos subjectivos na ordem interna chinesa. A teoria chinesa sobre os direitos humanos suporta-se no princípio “*prioridade ao povo*” que “*combina a universalidade dos direitos humanos com a realidade específica chinesa*”, o que permitirá “*o desenvolvimento dos direitos humanos em moldes socialistas e com características chinesas*”²⁹. A tese “direitos

²⁶ Cf. YASH GHAI, “Are «human rights» an ethnocentric concept?”, *cit.* Sobre o problema, cf. a interessante obra de PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações: Proposta de Análise a Partir do Confronto dos Modelos Ocidental e Islâmico*, Coimbra, Almedina, 2001, em especial, pp. 231 e ss. A autora, que sustenta uma posição “fortemente relativista” – que nós não sufragamos, enquanto aceita que, em contextos não ocidentais, as expressões da dignidade humana possam não coincidir com o que de mais essencial reside naquele conceito, a existência de direitos fundamentais oponíveis a qualquer poder, de direito ou de facto – reconhece que tal posição, ao inibi-la “de emitir juízos críticos” sobre realidades culturais distintas da sua, a “força ao «convívio» com valores e práticas que chocam os (seus) mais elementares princípios de Justiça” e a correr o risco “de pactuar com aproveitamentos políticos que pervertem inteiramente a lógica do respeito pelas culturas” (pp. 260-261).

²⁷ Cf. YASH GHAI, “Are «human rights» an ethnocentric concept?”, *cit.*

²⁸ São de Zhan Zhongle, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Pequim, as seguintes palavras: “We must realize that though people have different interpretation on the detailed contents of human dignity and human dignity protection may subject to various reality conditions, we cannot cancel the institutional requirements of human dignity protection or deny all the needs of human dignity and human rights protection with cultural difference; we should keep the requirements on a reasonable realizable level and constantly increase the level with the promotion of economic development”. Cf. ZHAN ZHONGLE, “Human dignity and human rights protection”, in *China Society for Human Rights Studies*, 2011, (itálico nosso); texto disponível em www.chinahumanrights.org/Messages/Focus/59/6/t20111011_803098.htm [16.08.2015].

²⁹ Itálico nosso. Cf. *Assessment Report on the National Human Rights Action Plan of China (2009-2010)*, disponível em www.chinahumanrights.org/Messages/China/t20110714_768567_3.htm [16.08.2015].

humanos com características chinesas” apela aos “valores éticos tradicionais” de acordo com Zhang Xiaoling, Director do Centro de Estudos em Direitos Humanos da Escola do Partido Comunista, ligada ao Comité Central³⁰.

2.2. Proposta de superação do problema

Julgamos que a superação das dificuldades inerentes à universalização do conceito de direitos humanos concebido e construído no ocidente e, por aqui, a sua aceitação em diferentes contextos histórico-culturais e político-económicos, deverá passar por um *diálogo construtivo* que, respeitando embora as teorias e a prática específicos de cada comunidade humana em matéria de direitos humanos, referidos a valores e sentimentos culturais e a factores sociais e económicos, não signifique a renúncia à *crítica* a esse modelo teórico e prático³¹ quando se revelar, através dele, uma inadmissível ofensa daqueles valores essenciais, a *paz*, a *justiça*, a *dignidade humana*, a *solidariedade* que bem podem constituir uma plataforma de entendimento que atravessa todas as culturas e todos os povos.

O ideal de paz e de justiça baseado no reconhecimento da dignidade imanente a todos os membros da família humana e no respeito pelos seus essenciais direitos individuais, iguais e inalienáveis, emergentes dessa dignidade.

Julgamos possível proceder, por via de um processo dialogante sério e empenhado, à construção de um *critério tendencialmente consensual*, que tenha como referência os valores plasmados em instrumentos internacionais, nomeadamente os que descrevem as condutas que solenemente se qualificam como “as mais graves violações dos direitos e liberdades fundamentais do ser humano”, os crimes “contra a humanidade” – aqui incluídos, o genocídio, a escravatura, a tortura, o *apartheid*. Valores cuja integridade é, comunitariamente, considerada imprescindível à manutenção e desenvolvimento da Humanidade, no

³⁰ Comunicação efectuada no 4.º Fórum sobre Direitos Humanos de Pequim, em 22 de Setembro de 2011, disponível em www.chinahumanrights.org/Messages/Focus/59/2/t20110926_799516.htm [16.08.2015]. Em artigo datado de 11 de Novembro de 2010, o Director do Centro de Estudos de Direitos Humanos da Academia Chinesa de Ciências Sociais é peremptório: “A China *não recusa a universalidade dos direitos humanos*, mas o *reconhecimento dos direitos humanos é um objectivo que só pode ser atingido passo a passo, tomando em consideração as condições de evolução de um país*”. Itálico nosso. Texto disponível em www.chinahumanrights.org [16.08.2015].

³¹ Em sentido aproximado, Stephen C. Angle, quando propõe que os conceitos chineses em matéria de direitos humanos sejam analisados no contexto chinês, o que não quer dizer que as suas interpretações e manifestações práticas concretas não sejam imunes à crítica interna e externa. Ponto é que a crítica seja uma crítica séria, levada a cabo no âmbito de um diálogo “empenhado”, entre Estados que aceitem, todos, submeter-se ao escrutínio. Cf. STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 250, 253, 256-257.

seu conjunto, e que constituem o núcleo do que, desde 1991, Hans Küng chama “uma ética planetária”³² e Mireille Delmas-Marty designa por “uma plataforma comum de valores essenciais”³³.

No plano jurídico internacional, a tutela desse mínimo de valores encontra correspondência na ideia da universalidade do sentimento de repúdio suscitado por esses crimes “*delicta juris gentium*”³⁴, “crimes contra o direito das gentes”³⁵, sucessivamente descritos no direito internacional convencional³⁶ no que julgam constituir a expressão da exigência de tutela penal a outorgar a valores inscritos no domínio normativo internacional “*ius cogens*”³⁷.

³² Cf. HANS KÜNG, *Déclaration “Vers une Éthique Planétaire”*, Chicago, Parlement des Religions du Monde, 1993, p. 4.

³³ Cf. MIREILLE DELMAS-MARTY, *Uma mesma Ética para Todos*, Lisboa, Instituto Piaget, 1997, pp. 150-151.

³⁴ Cf. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 496 (anotação ao artigo 29.º). Sobre o “ressurgimento da ideia de *ius gentium*” a propósito da elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, cf. MILAGROS OTERO PARGA, *Dignidad y Solidaridad: Dos Derechos Fundamentales*, Ciudad de México, Ed. Porrúa, 2006, p. 5.

³⁵ Sobre a indispensabilidade de adequada responsabilização nos casos dos crimes considerados intoleráveis pela comunidade internacional, cf. C. BASSIOUNI, *International Criminal Law*, 2.ª ed., 1999; IDEM, “Combating impunity for international crimes”, in *University of Colorado Law Review*, vol. 71, 2000, pp. 410 e ss.; e ainda “Searching for peace and achieving justice: The need for accountability”, trabalho gentilmente cedido pelo autor.

³⁶ Refira-se que os “The Princeton Principles on Universal Jurisdiction”, de 2001, restringem a qualificação de “*serious crimes under International Law*” aos crimes de pirataria, de escravatura, de guerra, contra a paz e contra a humanidade, de genocídio e de tortura. Cf. *Princeton University Program in Law and Public Affairs* em <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html> [16.08.2015].

³⁷ Cf. MARIA LEONOR M. ESTEVES, *Contributo para uma Reflexão em Torno do Sentido e do Fundamento dos Crimes contra a Humanidade*, op. cit., pp. 20-21. Assim, desenvolvidamente, BLANC ALTEMIR, *La Violación de los Derechos Humanos Fundamentales como Crimen Internacional*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1990, pp. 55-129; IAN BROWNLIE, *Princípios de Direito Internacional Público*, Lisboa, Gulbenkian, 1997, pp. 534 e ss., 586 e ss. Em sentido coincidente, cf. JORGE MIRANDA, *Direito Internacional Público*, I, Lisboa, 1995, pp. 143 e ss.; numa perspectiva crítica, STEVEN RATNER e JASON ABRAMS, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2001, em especial, pp. 3-25 e 331-345. Quanto à inclusão dos “crimes contra a humanidade”, como sua parte integrante, no *ius cogens*, cf. FRANCISCO ANTÓNIO M. L. FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Crimes contra a Humanidade no Actual Direito Internacional Penal*, Coimbra, Almedina, pp. 136 e ss. Especificamente, sobre o âmbito de validade do conceito *ius cogens*, cf. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Jus Cogens em Direito Internacional*, Lisboa, Lex, 1997, em especial, pp. 255 e ss.

3. A protecção dos direitos humanos na Região Ásia-Pacífico

3.1. Considerações gerais

Não existe, como é sabido, na Região Ásia-Pacífico, um sistema de tutela dos direitos humanos análogo ao sistema europeu, ao sistema inter-americano ou ao sistema africano, que dispõem de órgãos jurisdicionais com competência, mais ou menos alargada, para investigar e decidir casos de violações de direitos humanos, muito embora, desde 1983, haja documentos assinados por Governos de Estados da Região, respeitantes aos direitos humanos fundamentais³⁸.

Justo é reconhecer o trabalho desenvolvido pelas Comissões Nacionais para os Direitos Humanos, nos países onde foram criadas, a esmagadora maioria ao longo da década de 1990³⁹, que cumprem, no essencial, o determinado nos chamados Princípios de Paris, adoptados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Dezembro de 1993⁴⁰: composição estatutária, objectivos, funções e modos de financiamento que garantam a sua independência e imparcialidade e lhes confirmam meios de uma adequada actuação, sem negligenciar a criação e reforço dos canais de comunicação com a sociedade civil. Enfatize-se a existência de Comissões que possuem uma competência jurisdicional, como é o caso da Comissão Indiana, dotada de poderes para receber notícia sobre casos de violação dos direitos humanos, investigar com recurso ao auxílio de entidades da administração e proferir uma decisão vinculativa⁴¹.

No ano de 2009, foi constituída a Comissão Asiática Inter-governamental para os Direitos Humanos com o objectivo, firmado, de “promover” o respeito pelos direitos humanos, mas que, carecendo, em absoluto, de competên-

³⁸ Aluda-se à Declaração dos Direitos Fundamentais dos Povos e Governo Asiáticos, adoptada em Jacarta, 1983, na Primeira Assembleia Geral do Conselho Regional de Direitos Humanos, pelos Estados da Indonésia, das Filipinas, da Malásia, de Singapura e da Tailândia.

³⁹ Actualmente, integram o Fórum Ásia-Pacífico para os Direitos Humanos, como membros, instituições de 22 Estados, as Comissões Nacionais para os Direitos Humanos do Afeganistão, da Austrália, da Coreia do Sul, das Filipinas, da Índia, da Indonésia, da Jordânia, da Malásia, das Maldivas, da Mongólia, de Myanmar, do Nepal, da Nova Zelândia, de Oman, da Palestina, do Qatar, de Samoa, do Sri Lanka, da Tailândia e a Provedoria para os Direitos Humanos e Justiça de Timor Leste. Cf. informação disponível em www.asiapacificforum.net [17.02.2016].

⁴⁰ Resolução 48/134, “Principles relating to the Status of National Institutions (*The Paris Principles*)”, disponível em www.2.ohchr.org/english/law/parisprinciples.htm [17.02.2016].

⁴¹ Sobre as competências e funções das Comissões Nacionais na Região, cf. SEV OZDOWSKI, “What makes a national human rights institution independent and why should we care”, comunicação apresentada na 18.ª Conferência da Law Asia, Tóquio, 2003.

cias de fiscalização e investigação na matéria, aparece como uma instituição descarnada, sem substância, votada a uma existência meramente formal.

Uma palavra é devida à importância de que se reveste, no direito interno de certos Estados da Região Ásia Pacífico, o mecanismo denominado “recurso de Amparo” (*writ of Amparo*) cujo património genético convoca a tutela jurisdicional de direitos pessoais fundamentais constitucionalmente garantidos, quando ofendidos por órgãos do Estado⁴². Se, na Coreia do Sul e na Formosa (Taiwan), o “Amparo” é entendido como um recurso de última instância, esgotados os demais mecanismos previstos no ordenamento jurídico, visando remediar uma situação em que direitos e liberdades com chancela constitucional foram violados por acções ou omissões dos poderes públicos⁴³, nas Filipinas, país onde o recurso de Amparo entrou em vigor em 24 de Outubro de 2007, nos termos do competente normativo adoptado pelo Supremo Tribunal, visa-se, com este mecanismo, tal como expressamente decorre do seu articulado, prevenir e reprimir a prática dos *crimes de homicídio* e de *desaparecimento forçado* levados a cabo por autoridades públicas, designadamente, militares, cuja impunidade vem beneficiando da intermitência do regime de excepção, instaurado pelos sucessivos governos⁴⁴.

3.2. O caso da República Popular da China

Não foi, até ao momento, constituída uma Comissão Nacional chinesa para a Promoção dos Direitos Humanos.

A China tem curado de afirmar uma teoria e prática próprias no domínio dos direitos humanos que se inscrevem nos quadros de pensamento chinês, filosófica, histórica e politicamente determinados, e no específico estádio de desenvolvimento social e económico. Protesta, em resposta às acusações que lhe são feitas pelo ocidente, nomeadamente pelos Estados Unidos e pela União Europeia⁴⁵ e, ultimamente, por órgãos das Nações Unidas, a Comissão dos Direitos Humanos e o Comité Relativo à Tortura, de incumprimento de normas

⁴² Sobre a densificação deste mecanismo jurisdicional, cf. PAULO CARDINAL, “The writ of amparo: A new lighthouse for the rule of law in the Philippines?”, in *Philippine Law Journal*, vol. 87, n.º 1, 2012, pp. 229 e ss., em especial, pp. 229-247.

⁴³ Cf. PAULO CARDINAL, “The writ of amparo: A new lighthouse for the rule of law in the Philippines?”, *op. cit.*, pp. 244-245. Mecanismo análogo encontra-se, segundo o autor, nos sistemas jurídicos da Índia, do Nepal e do Sri Lanka (p. 241, nota 45).

⁴⁴ *Idem, ibidem*, pp. 247-253.

⁴⁵ Cf. Relatório Anual da União Europeia de 2013, respeitante à protecção dos Direitos Humanos, aprovado pelo Parlamento Europeu em 11 de Dezembro de 2013, onde se lamenta o “*Insucesso de diálogo com a China*”.

internacionais garantísticas dos direitos individuais fundamentais, com o seu empenhamento na construção de mecanismos de protecção dos direitos do homem, de acordo com o seu *próprio entendimento*, através das reformas legislativas que vem empreendendo desde 2004, designadamente, na concretização dos objectivos enunciados no Primeiro Plano Nacional para os Direitos Humanos 2009-2010⁴⁶.

3.2.1. O discurso chinês em torno dos “direitos” “*quanli*” no seu originário contexto cultural/linguístico

Há que reconhecer a coerência essencial na reflexão que a doutrina chinesa prossegue, denodadamente, desde que o conceito “direitos subjectivos” emergente do direito e da filosofia europeias foi traduzido para a língua pátria. E que não pode compreender-se se separado dos sentidos culturais, linguísticos e filosóficos que habitam no círculo desenhado pela expressão, hoje predominantemente usada, “*quanli*”. Stephen Angle assinala a natureza dinâmica e interactiva do discurso chinês em torno dos direitos humanos desde a viragem do século XIX para o século XX, os significados linguísticos da expressão “*quan*” – que surge já na obra de Mêncio, embora não referida a direitos – que evoluíram de “vantagens” ou “privilégios” para “direitos”, resultando de uma complexa e rica inter-acção entre a tradição confuciana e o pensamento de filósofos e juristas ocidentais, designadamente o jusnaturalismo utilitarista de Locke ou o jusnaturalismo colectivista de Rousseau e as teses de pendor social-darwinista de Jhering⁴⁷. Angle julga antever, na construção da tese chinesa em torno dos direitos humanos “*renquan*”, a tentativa de densificar o conceito “*quanli*” à luz das preocupações neo-confucianas que fundam o discurso moral emergente das “ruínas do comunismo” em especial, na invocação do humanismo presente no *Anaclets* de Confúcio e na obra de Mêncio⁴⁸ que busca fazer uma interpretação das ideias da filosofia ocidental que fundam o conceito de direitos humanos individuais sem, contudo, romper com a tese matricial confuciana do bem ou interesse comunitário de *estabilidade, coesão e harmonia social*.

O termo “*quan*” é usado, pela primeira vez, na tradução da obra de Henry Wheaton, *Elements of International Law*, efectuada pelo missionário americano W. A. P. Martin – originalmente publicada em 1862, logo a seguir revista por eruditos chineses, sob as ordens do príncipe Gong responsável pelos as-

⁴⁶ Disponível em www.chinahumanrights.org [17.02.2016].

⁴⁷ Cf. STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, op. cit., pp. 22-24 e 108 e ss.

⁴⁸ Cf. STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, op. cit., pp. 19-22.

suntos diplomáticos do Império, e republicada em 1864, com o título *Leis Gerais das Miríades Nações*, “*Wanguo Gongfa*” – para significar, frequentemente, “direitos”, mas também, “autoridade”⁴⁹. Na obra resulta patente, diz Angle, que “*quan*” é um conceito normativo vinculado a ideias de razão, justiça e acordo”, tanto no que respeita aos Estados nas relações internacionais, como aos indivíduos⁵⁰. Ora, do texto consta a expressão “*quanli*”, reprimada da obra de Xunzi, autor confuciano dos finais do século III A. C., que significa quer “vantagens” no âmbito do comércio, quer “privilégios” resultantes do estatuto diplomático ainda que, de quando em vez, é, igualmente, usada na tradução de “direitos”, no sentido de poderes, faculdades “naturalmente comuns às pessoas”⁵¹.

Nos anos vindouros, cumulativamente aos temores expressos por quem considera que a teoria dos direitos subjectivos, que defende o atribuição de poderes ou faculdades ao povo, transporta, em si mesmo, o perigo de graves danos sociais – dado implicar uma restrição inaceitável da autoridade dos agentes do Estado, os funcionários do Império, em prejuízo da prevenção e repressão de condutas ilícitas e do estímulo para desempenhar funções públicas⁵² – a discussão doutrinal em redor dos “direitos subjectivos” ganha terreno, influenciada pelo pensamento de missionários protestantes.

Todavia, pode perceber-se uma linha de continuidade, nas teorias que se sucedem, na viragem do século, que não rompem com a escola filosófica clássica. Desde a tese de Kang Youwei (1858-1927) sobre os direitos individuais baseada na interpretação dos quadros da ciência matemática ocidental, daqui retirando “*princípios substanciais*” tais como “cada ser humano é formado por uma parte do céu e da terra [possui] um alma” e “*leis universais*” tendo como fonte “axiomas geométricos”, tais como “as pessoas têm o *quan* de se decidirem a si próprias de acordo com os princípios fundamentais que postulam que os seres humanos partilham todos da substância primordial e possuem uma alma”⁵³, passando pela doutrina de He Qi (1847-1916) e Hu Liyuan (1847-1916), que consideram *quan* a realização dos imperativos morais celestes tendentes à concretização de uma maior justiça e equidade, doutrina que espelha, afirma

⁴⁹ Cf. STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, op. cit., p. 107. A expressão aparece no pensamento de Mêncio como “o julgamento moral da pessoa virtuosa quando decide adaptar uma regra para alcançar um bem maior” (p. 108).

⁵⁰ *Idem*, *ibidem*.

⁵¹ Cf. STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, op. cit., pp. 108-109. O autor acolhe-se à explicação fornecida pelo próprio Martin, em nota de rodapé na edição de 1878, p. 110, nota 11.

⁵² Atente-se às críticas de Zhang Zhidong (1837-1909), que declara “the doctrine of *minquan* brings no benefits and a hundred harms”. *Apud* STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, op. cit., p. 134.

⁵³ Cf. STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, op. cit., pp. 132-133.

Angle – quando defende que *quan* é outorgado pelo céu e não pelos homens – uma ideia de direito natural próxima de Locke⁵⁴, até ao pensamento de Liang Qichao (1873-1929) que se louva, expressivamente, da aparelhagem conceptual de pendor social-darwinista de Jhering, na obra *On Rights Consciousness* – preconizando que “os direitos nascem da força” – mas que afirma, cumulativamente, que “a consciência dos direitos é uma característica inata dos seres humanos que pode, porém, ser diluída ou destruída por governos tirânicos”⁵⁵, é notório o empenho na construção de um suporte teórico filosófico para a afirmação e desenvolvimento do conceito *direitos subjectivos* que não traduza uma cisão ou corte radical com a tradição confuciana. Esta intenção é paradigmática na obra de Liu Shiwei (1884-1919), o qual, acusando a influência de Rousseau, combina o colectivismo do filósofo francês com o comunitarismo de Confúcio. A expressão “*quanli*” é entendida por Liu no sentido de um reforço da inafastável *reciprocidade* entre interesses individuais (Confúcio reconhece a existência de legítimos interesses individuais) e responsabilidades éticas. Especificamente, *os direitos advêm das responsabilidades que cada um deve assumir na sociedade*⁵⁶. E, numa síntese entre a tese confuciana da interacção cósmica que se verifica entre todos os seres, tendente a um desenvolvimento harmonioso do todo cósmico e de cada uma das criaturas que o integram, e a teoria de Rousseau que identifica o interesse individual com a “*volonté generale*”, preconiza, através da doutrina dos direitos *quanli*, que *uma correcta interpretação dos interesses individuais conduzirá a fazê-los coincidir com os interesses da comunidade*⁵⁷.

Angle identifica o que entende serem os tópicos essenciais que perpassam pelo discurso em torno do conceito *quanli*, no dealbar do século XX, e que se mantêm até 1949: a busca de um fundamento ético, mais do que jurídico, onde radicar o conceito; a definição de uma dimensão positiva que acresce às dimensões negativas, restritivas; a ideia da relação harmoniosa entre os *quanli* da pessoa e os *quanli* do grupo; a recíproca relação entre *quanli* e responsabilidades⁵⁸. Elege o autor, como representantes do pensamento chinês da primeira metade do século, Ghen Duxiu e Gao Yihan (ainda que não exprimam todas as distintas atitudes intelectuais da época). Seguindo diferentes caminhos, em-

⁵⁴ Cf. STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, op. cit., pp. 137-138. Note-se que He Qi e Hu Liyuan são naturais da colónia inglesa de Hong-Kong.

⁵⁵ Cf. STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, op. cit., pp. 151 e 154.

⁵⁶ Cf. STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, op. cit., pp. 172-173 (itálico nosso).

⁵⁷ Cf. STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, op. cit., p. 175 (itálico nosso).

⁵⁸ Cf. STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, op. cit., p. 179.

bora, comungam os citados autores do mesmo entendimento a propósito do significado de *quanli*, “os poderes e benefícios que um indivíduo ou um grupo deve gozar com vista a alcançar o seu fim último”, que tendem a “identificar com o desenvolvimento integral da sua personalidade «*reng*»”⁵⁹.

O essencial do conceito de *quanli* vertido na doutrina chinesa será, depois, afeiçoado às exigências resultantes da construção do socialismo à luz do entendimento marxista-leninista que não admite a outorga de direitos a todos quantos manifestem oposição aos meios considerados necessários para a realização do glorioso destino revolucionário, como claramente resulta da afirmação de Mao Tse-Tung em 1940: “Deve estipular-se que *todos os terratenentes e capitalistas que não se oponham à Guerra de Resistência* gozam dos mesmos direitos humanos, do direito de propriedade, do direito de voto, das mesmas liberdades de expressão, de reunião, de associação, de pensamento e de crença, reconhecidos aos trabalhadores e camponeses”⁶⁰.

Passadas as vicissitudes da *construção* da República Popular marcadas por uma firme restrição dos direitos individuais decorrentes da dinâmica da “luta de classes”, agora guiada pelo Partido comunista em direcção à ditadura do proletariado⁶¹, designadamente, do período sombrio da denominada Revolução Cultural, nas palavras de Júlio Pereira, “o período mais agudo da teoria do governo dos homens por contraponto ao governo das leis”, como resulta impressivo na Constituição de 1975⁶², dá-se início, na “era Deng Xiaoping” a um período reformador que privilegia a instauração de um “sistema jurídico como condição de democracia”⁶³. E, paradoxalmente, ou não, logo após a duríssima

⁵⁹ *Idem, ibidem*.

⁶⁰ *Apud* STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, *op. cit.*, p. 204 (itálico nosso).

⁶¹ Sobre a julgada “natureza reaccionária” das teses dos designados “direitistas” que defendiam a importância do Direito e a inclusão no sistema jurídico de princípios como a independência dos tribunais, e, em particular, no processo penal, a livre convicção do juiz, a presunção de inocência, a proibição da retroactividade da lei e da analogia incriminatórias, no ano de 1957, cf. JÚLIO A. C. PEREIRA, *Linhas de Evolução da Lei Penal da República Popular da China: Uma Abordagem Histórico-Política*, dissertação de Mestrado, Centro de Estudos Chineses, Universidade de Aveiro, 2002, pp. 163-162.

⁶² Cf. JÚLIO A. C. PEREIRA, *Linhas de Evolução da Lei Penal da República Popular da China: Uma Abordagem Histórico-Política*, *op. cit.*, pp. 192 e ss., em especial, pp. 193, 206-212. O autor realça o conteúdo dos quatro únicos artigos da referida Constituição (que, no total, continha 30 artigos) que se referem aos direitos individuais fundamentais, revelando, claramente, que tal documento legislativo consagrava o pensamento de Mao sobre o Direito, constituindo um instrumento ideológico ao serviço do Partido. Dê-se como exemplo o texto do artigo 26.º: “O direito e o dever fundamental de todo o cidadão é apoiar a direcção do partido comunista, apoiar o regime socialista e conformar-se à constituição e às leis da República Popular da China”. *Apud* JÚLIO A. C. PEREIRA, *Linhas de Evolução da Lei Penal da República Popular da China: Uma Abordagem Histórico-Política*, *op. cit.*, p. 207 (itálico nosso).

⁶³ Referência ao discurso que Deng pronuncia na sessão de encerramento do III Plenário do XI

repressão em Tiananmen renova-se a discussão doutrinal a propósito dos direitos humanos, reafirmando-se o vínculo inquebrável entre a ideia de *direitos* e a ideia de *harmonia* de tradição confuciana, como pedra de toque da interpretação chinesa sobre a origem, o fundamento e o sentido dos direitos humanos, como vem plasmado na obra de Xia Yong, professor na Academia de Ciências Sociais⁶⁴ e, muito recentemente, nos escritos de investigadores da Associação Chinesa de Estudos dos Direitos Humanos⁶⁵.

3.2.2. Estádio actual da protecção dos direitos humanos

Desde 2004, ano em que se incluiu uma expressa referência na Constituição à *protecção devida aos direitos humanos*, que a China tem dado passos, embora miúdos e espaçados, no sentido da criação de mecanismos legais que visam assegurar a realização dos direitos e garantias individuais. Signatária de mais de duas dezenas de convenções internacionais que ratificou, de entre as quais se destacam a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Degradantes e Humilhantes e o Pacto Internacional sobre Direitos Económicos Sociais e Culturais, não procedeu, porém, até à data, à ratificação do Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos, assinado no ano de 1998.

Coincidindo com uma intenção reformadora das regras por que se pautava o processo penal, no ano início de 2006, o Supremo Tribunal do Povo determina, através de uma circular, entrada em vigor na segunda metade do mesmo ano, que sejam submetidos à regra da publicidade as audiências de julgamento nos processos de recurso das condenações em pena de morte e que nelas devam estar presentes testemunhas e peritos. A exigência de publicidade nos julgamentos é reiterada pela mais Alta Instância Jurisdicional chinesa no

Comité Central do Partido Comunista, 1978. Cf. JÚLIO A. C. PEREIRA, *Linhas de Evolução da Lei Penal da República Popular da China: Uma Abordagem Histórico-Política*, op. cit., p. 220. Para uma compreensão das principais linhas de força da reforma da legislação penal na era Deng, cf. JÚLIO A. C. PEREIRA, *Linhas de Evolução da Lei Penal da República Popular da China: Uma Abordagem Histórico-Política*, op. cit., pp. 218 e ss.; IDEM, *Comentário à Lei Penal Chinesa*, Livros do Oriente, 1996.

⁶⁴ Cf. STEPHEN C. ANGLE, *Human Rights and Chinese Thought: A Cross-Cultural Inquiry*, op. cit., p. 231.

⁶⁵ Cf. Li Yunlong e Qian Zhen, que apelam aos elementos humanistas da filosofia confuciana, o “princípio da benevolência” que valoriza o homem como ser não coisificável, o princípio da harmonia que “requer uma existência harmoniosa entre indivíduos e entre indivíduos e sociedade” e tempera o “excesso de individualismo da moderna civilização”, individualismo que negligencia as responsabilidades individuais para com a comunidade, pondo em causa a coesão social. Cf. LI YUNLONG e QIAN ZHEN, “Confucian culture and human rights development”, in *China Society for Human Rights Studies*, disponível em www.chinahumanrights.org/Messages/Focus/59/6/20111010_802931.htm [17.02.2016].

ano de 2007, que considera que desta forma se assegura a transparência nos processos judiciais e se reforça a confiança da população no sistema de justiça. Ao mesmo tempo, afirma-se o dever cometido ao tribunal de fornecer informação sobre o processo aos sujeitos processuais e de fundamentar as decisões⁶⁶.

Na sequência da aprovação e promulgação do Primeiro Plano Nacional de Acção Respeitante aos Direitos Humanos em que se desenvolve o princípio “*primado do povo*”⁶⁷, a Assembleia Nacional Popular altera o Código Penal, no mês de Fevereiro de 2011, eliminando a pena de morte em 13 tipos de crime económico e determinando a não execução nos casos nos casos em que o agente tenha uma idade igual ou superior a 75 anos, ao mesmo tempo que reafirma o princípio da publicidade do julgamento em audiência de recurso das condenações à morte⁶⁸. No ano de 2010, criam-se instrumentos legais respeitantes à proibição da detenção ilegal e da tortura como forma de obter confissões ou prova testemunhal, determinando-se que “exceptuados casos especiais, devam os interrogatórios aos detidos ser efectuados em salas próprias dos centros de detenção equipadas com separadores entre o interrogador e o interrogado e meios técnicos de registo em áudio e vídeo”. Diga-se que esta era uma aspiração antiga da melhor doutrina processual penal chinesa, de que se faz voz Chen Guang Zhong, ex-reitor da Universidade de Ciências Políticas e Jurídicas, que, de há muito, vinha apregoando a indispensabilidade de dotar a lei processual penal de um regime sobre a legalidade da prova que definisse os meios ilegais de obtenção da prova e a sua consequência necessária, a *impossibilidade dessa prova ser judicialmente apreciada*. Tal regime de exclusão das provas ilegais reforçaria os direitos de defesa do arguido, constitucionalmente consagrados, contribuiria para dignificar o sistema judicial cuja função não se acomoda à validação de condutas ofensivas ou, ao menos, de menosprezo das normas da Constituição e, cumulativamente, figuraria como desincentivo da prática de actos ilegais, por parte dos órgãos da polícia, como a tortura, a detenção arbitrária, a abusiva busca domiciliária⁶⁹.

⁶⁶ Cf. SHEN LIANG, “China judicial protection of human rights”, in *China Human Rights Magazine*, vol. 6, n.º 6, 2007, disponível em www.chinahumanrights.org/CSHRS/Magazine/text20080121_318012.htm [17.02.2016].

⁶⁷ Cf. “Overall implementation”, *Assessment Report on the National Human Rights Action Plan of China (2009-2010)*, China Society for Human Rights Studies, disponível em www.chinahumanrights.org/Messages/China/t20110714_768567_1.htm [17.02.2016].

⁶⁸ “Rights of the Person”, *Assessment Report...*, cit. Cf., também, Gao Guijun, juiz do Supremo Tribunal Popular, que se refere às *Recomendações Para a Implementação da Política Criminal da Combinação da Clemência com a Rigidez*, emitidas por esse Tribunal em 2010. GAO GUIJUN, “Melhoramento do sistema jurídico-penal da China e intensificação da protecção dos direitos humanos”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, ano XVII, n.º 33, 2013, pp. 123 e ss., em particular, pp. 125, 130-131.

⁶⁹ Cf. CHEN GUANG ZHONG, “Regras de exclusão de provas ilegais em processo penal”, in

Poderá dizer-se que os anos 2010 a 2012 são os anos dourados da positividade das “garantias processuais penais” no sistema de justiça chinês, culminando com a reforma do Código de Processo Penal. Criam-se mecanismos de fiscalização do funcionamento das casas de detenção e prisões sob a administração dos órgãos do todo o poderoso Ministério de Segurança Pública que intentam prevenir e reprimir os “acidentes” que ocorrem, frequentemente, nesses espaços resultando, às vezes, na morte do detido⁷⁰.

A Lei processual chinesa consagra, desde 2012, cruciais manifestações do princípio da presunção da inocência⁷¹: reafirma o princípio da proibição do uso da tortura ou de qualquer forma de violência para obter prova, consagrando o princípio da proibição da auto-incriminação⁷²; determina a obrigação de registo, em áudio e vídeo, dos interrogatórios dos suspeitos da prática de crime punido com pena de morte; prescreve o direito de qualquer arguido se fazer acompanhar de advogado, da sua escolha, logo no momento do primeiro interrogatório⁷³, devendo, obrigatoriamente, ser-lhe designado um advogado officioso nos casos em que ao crime corresponde a pena de morte; prevê um regime de fiscalização das detenções que subordina a pressupostos mais rígidos e a aplicação da medida de prisão preventiva que pode ser substituída por outras

AAVV, *Actas da Conferência Internacional de Processo Penal: Os desafios do século XXI*, Macau, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2007, pp. 27 e ss., em particular, pp. 37-58.

⁷⁰ Cf. “Rights of detainees”, *Assessment Report...*, *cit.*

⁷¹ Seguimos, dada inexistência de tradução do texto, em língua chinesa, da Lei de Reforma Processual de 2012, o Livro Branco da Reforma Judicial na China, *Judicial Reform in China, White Paper*, disponível no China Internet Information Center, em www.china.org.cn/government/whitepaper/node_7169026.htm [17.02.2016].

⁷² Tenha-se em atenção que o artigo 93.º do Código de Processo Penal (Reforma de 1996) impunha ao suspeito o “dever de responder com verdade” às perguntas sobre os factos em investigação. O “direito ao silêncio” apenas cobria “as questões irrelevantes sobre o caso”. Cf. *Criminal Procedure Law of the People’s Republic of China*, disponível na National People’s Congress of the People’s Republic of China Law Database, em www.npc.gov.cn/englishnpc/Law [17.02.2016].

⁷³ Pese embora o quadro legal onde se inscrevia o exercício da advocacia, na China, ter sido objecto de uma reforma que entrou em vigor em 1 de Junho de 2008 – que consagra o *direito* do advogado se encontrar com o suspeito de um crime e de lhe prestar aconselhamento jurídico, desde o momento em que este é interrogado pela primeira vez ou é objecto de medidas coactivas, devendo o contacto com o cliente obedecer ao princípio da confidencialidade - na prática, a coberto de uma interpretação desmesurada da norma do artigo 96.º do Código de Processo Penal que exceptiona os casos que “envolvem segredos de Estado”, em que a actuação do advogado pode ser substancialmente limitada, prevendo, ainda, a presença de agentes da polícia durante o encontro do suspeito com o seu mandatário, “se tal for considerado necessário de acordo com a especificidade do caso”, os órgãos de segurança pública dispunham de um largo espaço de manobra para impedir uma útil e eficiente intervenção do advogado de defesa, liberta de interferências por parte da acusação. Cf., a este propósito, a esclarecedora avaliação de ZHANG AINING, “To guarantee lawyers’s right to practice is to protect human rights: An analytical review of the new Law on Lawyers”, in *China Human Rights Magazine*, vol. 7, n.º 4, 2008, disponível em www.chinahumanrights.org/CSHRS/Magazine/Text/t20080604_349461.htm [17.02.2016].

medidas de coacção pela procuradoria ou pelo tribunal, caso se julgue desnecessária ou desadequada⁷⁴.

Ora, a verdade é que, fazendo fé nas notícias que nos vão chegando através de Organizações-não-Governamentais de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, com especial destaque para a Human Rights in China HIC e que ecoam nos sucessivos Relatórios Anuais do Parlamento Europeu relativos aos Direitos Humanos no Mundo⁷⁵, continua a existir um fosso entre o direito positivado e a sua aplicação prática.

Não obstante as renovadas boas intenções plasmadas nos Planos Nacionais de Acção Respeitantes aos Direitos Humanos de 2009-2010 e de 2012-2015, onde se proclama, de entre outras vias de tutela dos direitos fundamentais, a protecção da “liberdade de expressão dos cidadãos chineses”, a realidade é bem outra. Justamente, no âmbito das liberdades, a repressão das eventuais opiniões politicamente dissidentes tem sido levada a cabo com níveis de violência, que não abrandou, durante o período de concretização dos referenciados Planos.

A perseguição do mais pequeno vislumbre de oposição e a incapacitação do uso dos meios tecnológicos, actualmente disponíveis, para a difusão da opinião dos opositores às políticas oficiais, conduziu à utilização massiva pelos órgãos de segurança pública, do instituto denominado “Reeducação através do Trabalho”, criado pelo Conselho de Estado no ano de 1957, a fim de legalizar a prática, já seguida por parte dos órgãos de segurança pública quanto a grupos de delinquentes mas, também, quanto a opositores políticos e que permitia o aproveitamento do trabalho do visado pela medida “como componente da reeducação”⁷⁶. O regime deste instituto, reformulado em 1979⁷⁷, prevê a aplicação pela autoridade administrativa de uma medida de privação da liberdade, cujo limite fixa em três anos, com a possibilidade de prorrogação por mais um ano, sem que os visados por esta medida detentiva disponham dos direitos básicos processuais de defesa, o direito de se fazer representar por advogado, o direito do contraditório, o direito de recurso. Dissidentes e, por vezes, os seus familiares mais próximos, acusados de “perturbação da ordem pública” ou de “parti-

⁷⁴ Cf. *Judicial Reform in China*, cit.

⁷⁵ Disponíveis em www.europarl.europa.eu [17.02.2016].

⁷⁶ *Decision of the State Council Regarding the Question of Rehabilitation Through Labour, Approved at the 78th Meeting of the Standing Committee of the National People's Congress on August 1, 1957*, disponível na National People's Congress of the People's Republic of China Law Database, em <http://law.npc.gov.cn/home/begin1.cbs> [17.02.2016]. Cf., sobre o sistema de “reeducação através do trabalho”, JÚLIO A. C. PEREIRA, *Linhas de Evolução da Lei Penal da República Popular da China: Uma Abordagem Histórico-Política*, op. cit., pp. 178-179 e 269-275.

⁷⁷ *Resolution of the Standing Committee of the National People's Congress Approving the Supplementary Provisions of the State Council for the Rehabilitation Through Labour, Adopted on November 29, 1979*, disponível na National People's Congress of the People's Republic of China Law Database, em <http://law.npc.gov.cn/page/browseotherlaw.cbs> [17.02.2016].

cipação em reuniões ilegais”, são detidos nas suas casas pela polícia e levados para *casas de detenção* ou outros lugares não identificados, onde permanecem presos, incontactáveis, frequentemente sujeitos a tortura ou outro tratamento desumano, degradante ou humilhante. A utilização desta medida de detenção administrativa continuou, mesmo após a revogação dos referidos instrumentos legais que lhe davam suporte, no ano de 2001.

A entrada em vigor das alterações ao Código Processual Penal certificou a *desconformidade com o direito* da aplicação, pelas entidades administrativas de segurança pública, de sanções privativas de liberdade de “reeducação através do trabalho”, cuja abolição vinha sendo, reiteradamente, solicitada por órgãos das Nações Unidas, pelo Comité Contra a Tortura e pelo Grupo de Trabalho sobre a Detenção Arbitrária⁷⁸. No final do mês de Dezembro de 2013, foi proferida pelo Comité permanente da Assembleia Nacional Popular uma Decisão Relativa à Abolição da Lei e Regulamento sobre a Medida de Reeducação Através do Trabalho⁷⁹.

Receamos, todavia, que seja, ainda, necessário tempo para que se materialize, na prática, o que é um limite ao poder dos órgãos de segurança pública e se abandonem hábitos de arbítrio e de violência, firmemente enraizados na cultura policial e para que, ao mesmo tempo, se desmantele um sistema comprovadamente eficaz na repressão da “dissidência”. As observações feitas pelo Comité das Nações Unidas Contra a Tortura em 15/6/2015⁸⁰ - que manifesta preocupação quanto ao excessivo período de tempo, até 37 dias, em que o suspeito de um crime pode ser mantido em custódia policial, denuncia a detenção de dissidentes em regime de incomunicabilidade por períodos superiores a três meses, durante os quais foram torturados, as mortes ocorridas durante o período de detenção ou imediatamente após serem soltos, resultantes dos maus-tratos e/ou da privação de cuidados médicos, os obstáculos ao exercício da advocacia e a perseguição que sofrem os defensores dos dissidentes⁸¹, o que tudo contraria o disposto na nova Lei processual penal – constituem sinais de intranquilidade e, até, de alguma desesperança quanto à vontade do governo chinês em “levar a sério os direitos humanos”⁸².

⁷⁸ Cf. *Oral Intervention of Human Rights in China to the Committee Against Torture*, 6 de Novembro de 2008, disponível em <http://hrichina.org> [10.01.2013].

⁷⁹ Informação fornecida pela Organização Human Rights in China, disponível em www.hrichina.org [17.03.2016].

⁸⁰ Cf. *List of issues in relation to the fifth periodic report of China*, CAT/C/CHN/Q/5/Add.1.

⁸¹ De acordo com informação da Organização de Defesa dos Direitos Humanos sediada em Hong-Kong, até ao início de Fevereiro de 2015, mais de 300 advogados e defensores se encontravam detidos ou em situação de vigilância domiciliária acusados de “subversão” ou “incitamento à subversão”, sendo que se desconhecia o paradeiro de dois deles. Informação disponível em <http://hrichina.org> [03.03.2016].

⁸² Tomamos a expressão cunhada por RONALD DWORKIN, na magnífica obra, largamente difun-

3.2.3. Alusão aos casos das Regiões Administrativas Especiais da China, em particular, o caso da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM)

Na década de 1980 do século XX concretizou-se um processo negocial envolvendo, por um lado, a China e a Inglaterra e, por outro, a China e Portugal, com vista à integração dos territórios de Hong-Kong e Macau no Estado chinês que (re)adquiriria, sobre eles, o exercício da soberania, como consta, respectivamente, dos Acordos Internacionais, a Declaração Conjunta dos Governos de Inglaterra e da República Popular da China sobre a Questão de Hong-Kong, de 19 de Dezembro de 1984 e a Declaração Conjunta dos Governos de Portugal e da República Popular da China sobre a Questão de Macau de 13 de Abril de 1987. Nestes normativos internacionais certifica-se a transição daqueles territórios para a soberania chinesa, nos termos de uma política aí expressamente exarada que seria vertida, nas suas linhas essenciais, nos respectivos instrumentos constitucionais designados Leis Básicas, mediante a qual a China se obriga a respeitar e fazer respeitar, durante 50 anos, a inalterabilidade dos supostos básicos dos respectivos sistemas de vida vigentes à passagem da soberania, que ocorreria nos finais da década de 1990⁸³.

Os instrumentos internacionais que suportam a criação da Região Administrativa Especial de Hong-Kong da RPC e da Região Administrativa Especial de Macau, desenhando-lhe um estatuto político-jurídico sem correspondência a nível mundial, exprimem a materialização do princípio “*um país dois sistemas*” desenvolvido por Deng Xiao Ping que, prevendo a possibilidade da coexistência de outro sistema distinto do sistema socialista vigente, no território do Estado chinês, almejava, no futuro, muito para além da integração de Hong-Kong e Macau, o retorno “à mãe pátria” do território de Taiwan⁸⁴. Nos

dida, *Taking Rights Seriously: With a New Appendix, A Response to Critics*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.

⁸³ No caso de Hong-Kong, a cedência do território à Inglaterra, nas condições humilhantes impostas pelo Tratado de Nanquim de 1840 que perpetua a derrota, anunciada, da China na I Guerra do Ópio, após o enfrentamento do potentado militar britânico, é enfatizado no Preâmbulo da competente Lei Básica, *The Basic Law of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China*, disponível no site do Department of Justice, the Government of HKSAR, em www.doj.gov.hk/eng/public [03.03.2016]. O sentimento de opróbio ligado às duas Guerras do Ópio desencadeadas pela Inglaterra e, logo a seguir, pela França com o apoio dos Estados Unidos da América e pela Rússia é expressivo na historiografia oficial chinesa. Cf. BAI SHOUYI *et al.*, *Breve Historia de China: Desde la Antigüedad hasta 1919*, Beijing, Ediciones en Lenguas Extranjeras, 1984, pp. 412-437.

⁸⁴ Neste preciso sentido, WANG ZHENMIM, “One country two systems: Its historical position, present operation and future development”, seminário *As Leis Básicas, Problemas e Perspectivas*, Instituto de Direito Internacional e Comparado de Macau, Faculty of Law, University of Hong Kong, Macau, 1994.

termos das suas Leis Básicas, Macau⁸⁵ e Hong-Kong⁸⁶ dispõem de um Administração autónoma, de um autónomo sistema de criação das suas próprias leis e de tribunais que as aplicam, em última instância.

Ora, durante o período de 50 anos que se iniciou no momento da transferência de soberania das Regiões Especiais e que, de acordo com a melhor doutrina, integra “o segundo período da sua transição”⁸⁷ – o primeiro período medeia entre a o início de vigência das Declarações Conjuntas e a respectiva data da transferência do exercício de soberania – a China compromete-se, por via daqueles Acordos internacionais que celebrou⁸⁸, a acatar o *princípio da continuidade*, isto é, a “continuidade do sistema social e económico” e do sistema normativo “basicamente inalterados”, princípio, por isso, justamente denominado “princípio da inalterabilidade essencial”⁸⁹. Aqui ganhando relevância a manutenção íntegra dos mecanismos jurídicos de afirmação e proteção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos residentes, que não poderão sofrer restrições nem ser restritivamente interpretados, de tal sorte que ofenda os supostos básicos, os elementos nucleares ou os princípios estruturantes e identitários do sistema de vida anteriormente vigente⁹⁰. São tais mecanismos

⁸⁵ Artigo 2.º da *Lei Básica da Região Administrativa Especial de Macau*, consultado no site da Imprensa Oficial do Governo da RAEM, disponível em www.io.gov.mo.

⁸⁶ Artigo 2.º da Lei Básica de Hong-Kong, *ibidem*.

⁸⁷ Neste sentido, relativamente a Macau, cf. Paulo Cardinal, que se acolhe ao exposto entendimento vertido no *Primeiro Relatório sobre a Aplicação em Macau do Pacto Internacional Sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, apresentado por Macau às Nações Unidas. Cf. PAULO CARDINAL, “Direitos fundamentais em Macau e transição”, texto gentilmente cedido pelo autor, p. 9, integrante da obra *Estudos de Direitos Fundamentais no Contexto da JusMacau: Entre a Autonomia e a Continuidade*, CRED-DM, Fundação Rui Cunha, 2015. Sobre o tema, cf., ainda, MANUEL ESCOVAR TRIGO, “A transição na Declaração Conjunta”, in AAVV, *População e Desenvolvimento em Macau*, Macau, Fundação Macau/Universidade de Macau, 1994, pp. 368 e ss.

⁸⁸ À ideia da obrigação assumida pela China num instrumento internacional se reconduz o raciocínio de Joaquim Gomes Canotilho (também citado por Cardinal), que considera aceitável a tese de que “durante o lapso temporal de cinquenta anos os princípios de princípios fundamentais plasmados na Declaração Conjunta constituiriam limites substantivos ao exercício do poder do Estado chinês no direito territorial de Macau”. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, “As palavras e os Homens: Reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a institucionalização do recurso de amparo de direitos e liberdades na ordem jurídica de Macau”, in *Revista Jurídica de Macau*, número especial, 1999, p. 340.

⁸⁹ Assim, PAULO CARDINAL, “Direitos fundamentais em Macau e transição”, *op. cit.*, p. 12; IDEM, “A transição e o sistema político de Macau: Continuidade ou convergência”, in *Revista Jurídica de Macau*, vol. IV, n.º 3, 1997. Cf. também MARIA LEONOR M. ESTEVES ASSUNÇÃO, “Princípios de Direito Penal e direitos e garantias processuais penais dos residentes de Macau no contexto da Lei Básica”, in *Revista de Administração de Macau*, n.os 19/20, 1993, pp. 129 e ss., artigo publicado, igualmente, in *Vértice*, n.º 57, Novembro/Dezembro de 1993.

⁹⁰ Cf., quanto a Macau, MARIA LEONOR M. ESTEVES ASSUNÇÃO, “O processo penal e a proteção dos direitos do homem em Macau”, comunicação apresentada no *Seminário As Leis Básicas: Problemas e Perspectivas*, Macau, 1994; IDEM, “Princípios de Direito Penal e direitos e garantias processuais...”, *op. cit.*

jurídicos aqueles que tutelam os direitos pessoais radicados no valor nuclear *dignidade humana*, com o sentido e o âmbito que lhes era reconhecido no momento da transferência de soberania – o direito à vida que se exprime pela recusa da pena de morte, o direito à integridade física e moral, cujo corolário é a proibição da tortura e dos tratamentos desumanos, humilhantes e degradantes, o direito às várias manifestações da liberdade pessoal e às garantias do processo penal, direitos, liberdades e garantias consagrados tanto no sistema jurídico de Macau, de matriz continental⁹¹, como no sistema jurídico de Hong-Kong de matriz anglo-saxónica⁹².

3.2.3.bis. A Região Administrativa Especial de Macau (RAEM)

Decorre, portanto, da Declaração Conjunta Luso-Chinesa a manutenção da ordem jurídica vigente no território de Macau, em particular, a inalterabilidade essencial do regime jurídico atinente aos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos seus habitantes, que deverão ser respeitados e protegidos⁹³. Entendimento diferente, de que resultasse a limitação desses direitos, liberdades e garantias que constituem o núcleo essencial de protecção jurídica

⁹¹ Sobre a inadmissibilidade, que decorre das políticas vazadas na Declaração Conjunta Luso-Chinesa, da futura criação de normativos que venham a ofender os princípios nucleares do direito penal de Macau, em particular, que alterem o sistema punitivo pela introdução da pena de morte, cf. MARIA LEONOR M. ESTEVES ASSUNÇÃO, “Âmbito de aplicação espacial da lei penal de Macau. Problemas afins: Em especial a cooperação em matéria penal entre a futura Região Administrativa Especial de Macau e as outras regiões da China”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, 1999. Sobre a dimensão de garantia dos direitos e liberdades individuais no domínio processual penal, que deverá ser preservado, no essencial, cf. MARIA LEONOR M. ESTEVES ASSUNÇÃO, “Âmbito de validade espacial da lei processual penal de Macau. Problemas afins: A cooperação judiciária inter-espacial em matéria penal”, in *Revista Jurídica de Macau*, vol. IV, n.º 2, Maio/Agosto de 1997, pp. 81 e ss.

⁹² Uma reflexão sobre a indesejável reintrodução da pena de morte em Hong-Kong, abolida em 1993, mas que não é aplicada desde 1966, encontra-se em JILL COTTRELL, “The death penalty in Hong-Kong and Macao (in the Year 2000)”, comunicação apresentada no *Seminário As Leis Básicas: Problemas e Perspectivas*, 1994.

⁹³ Cf. PAULO CARDINAL, “Direitos fundamentais em Macau...”, *op. cit.*, pp. 14-15. Do Anexo II da Declaração Conjunta consta expressamente: “A Região Administrativa Especial de Macau assegurará, em conformidade com a lei, todos os direitos e liberdades dos habitantes e outros indivíduos em Macau, estipulados pelas leis previamente vigentes em Macau, designadamente as liberdades pessoais a liberdade de expressão, de reunião, de manifestação, de associação [de] praticar a sua religião [o] direito à inviolabilidade de domicílio, das comunicações e de acesso ao direito e à justiça[.] Os habitantes da Região Administrativa Especial de Macau e os outros indivíduos que aí se encontrem são iguais perante a lei, sem discriminações em razão da nacionalidade, ascendência, sexo, raça, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social”.

“transformaria a Declaração Conjunta num «acto absolutamente intransitivo» sem causa nem finalidade”⁹⁴.

Ora, de acordo com o estipulado na Lei Fundamental da RAEM, a sua Lei Básica, onde, no artigo 30.º, se declara solenemente o *princípio da intangibilidade da dignidade humana*, as autoridades macaenses, parlamento, magistratura judicial e Ministério Público, órgãos da administração pública, governo e polícias têm a obrigação de respeitar e fazer respeitar os limites inexpugnáveis à intervenção coactiva na esfera das pessoas, definidos no quadro dos direitos e liberdades fundamentais individuais, enunciadas nos artigos 25.º e ss., bem como no regime que se concretiza no direito ordinário.

Julgamos dever realçar que a tutela dos direitos humanos se cumpre, em Macau, através dos preceitos da Lei Básica e dos mecanismos jurídicos que vêm consagrados, em particular, nos Códigos Penal e Processual Penal que exprimem princípios garantísticos que os habitantes de Macau podem opor ao poder instituído. O princípio da estrita legalidade a que se vincula a decisão de restringir os direitos e liberdades individuais vertido nos artigos 40.º onde, enfatize-se, se afirma a aplicação a Macau do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos⁹⁵ e o princípio da proibição da retroactividade e da analogia incriminatórias previsto no artigo 29.º, são reiterados na Lei Penal⁹⁶ e na Lei Processual Penal que reafirma as manifestações mais importante do princípio da presunção da inocência⁹⁷ – os direitos e garantias de defesa reconhecidos ao arguido, designadamente, o direito de escolher advogado, de ser por este acompanhado e aconselhado em todas as fases do processo⁹⁸, inclusive desde a sua detenção pela autoridade policial, o direito de contraditar a prova inculpatória, o direito de recorrer das decisões desfavoráveis⁹⁹, o direito de não ser submetido a processos de obtenção de prova ilegais¹⁰⁰, seja o engano, a coacção, ou a tortura, expressamente proibida (artigo 28.º da Lei Básica), o direito de não ser obrigado a auto-incriminar-se¹⁰¹, a garantia de que não lhe será aplicada uma

⁹⁴ Nestes termos, cf. MARIA LEONOR M. ESTEVES ASSUNÇÃO, “Princípios de Direito Penal e direitos e garantias processuais penais dos residentes de Macau no contexto da Lei Básica”, *op. cit.*, p. 131.

⁹⁵ Também no artigo 39.º da Lei Básica de Hong-Kong se proclama a aplicação, naquela Região, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.

⁹⁶ Artigo 1.º do Código Penal de Macau, consultado no *site* da Imprensa Oficial do Governo da RAEM, disponível em www.io.gov.mo.

⁹⁷ Cf. com o artigo 14.º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.

⁹⁸ Artigo 50.º, alíneas *d*) e *e*) do Código de Processo Penal de Macau, consultado no *site* da Imprensa Oficial do Governo da RAEM, disponível em www.io.gov.mo.

⁹⁹ Artigo 50.º, alíneas *f*) e *h*).

¹⁰⁰ Artigo 113.º.

¹⁰¹ Artigos 50.º, n.º 1, alínea *e*), e 128.º, n.º 5. Cf. com o artigo 28.º da Lei Básica.

medida coactiva processual fora dos *pressupostos de necessidade, proporcionalidade, adequação, subsidiariedade e precaridade*, relativamente às finalidades processuais cautelares a atingir, tendo em atenção a natureza e gravidade do crime¹⁰².

Sabe-se que nem sempre existe uma relação de total coincidência entre o direito escrito e o direito concretizado no quotidiano. E se os eventuais desvios entre a *law in action* e a *law in book* se poderão imputar, sobretudo nos casos da actuação dos órgãos da polícia, à tensão insuprível entre os limites jurídicos colocados pelo respeito pelos direitos e liberdades fundamentais individuais e as exigências de eficácia no cumprimento das suas funções, não deve descurar-se a, possível, “contaminação” da polícia macaense pelo *modus operandi* da polícia chinesa. O mesmo se poderá admitir quanto à actuação dos magistrados do Ministério Público, cuja tendência para mimetizar comportamentos dos seus homólogos do continente se verificará, tanto mais, quanto a sua formação jurídica de base se revelar insuficiente por desconhecimento dos princípios estruturantes do direito de Macau¹⁰³.

No exercício das funções que lhes cabe desempenhar, interpretar e aplicar o direito de Macau, cujos mecanismos de tutela dos direitos humanos o legislador deve preservar, por integrarem o domínio nuclear e identitário do sistema jurídico macaense, impende sobre os juizes, tal como sobre os magistrados do Ministério Público a responsabilidade de respeitar e fazer respeitar, na íntegra, o âmbito garantístico inscrito as normas jurídicas a que poderão acolher-se os habitantes da Região de Macau, perante a tentação de arbitrariedade do poder instituído.

A concluir, julgamos poder dizer que a tutela dos direitos humanos na Região Ásia Pacífico, pese embora a existência de pequenos enclaves dotados de instrumentos jurídicos que, se adequadamente aplicados constituem a garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais da pessoa tem, ainda, um longo caminho a fazer. O que é claramente reconhecido, no que respeita à China, por Wang Chen, ministro do Gabinete de Informação do Conselho de Estado, em 22 de Setembro de 2011: “O sistema chinês de protecção dos direitos humanos tem conhecido contínuos melhoramentos [desde] a introdução da

¹⁰² Sobre a dimensão garantística do direito processual penal de Macau, cf. MARIA LEONOR M. ESTEVES, “O modelo estrutural do processo penal de Macau: Princípios que o fundamentam”, in AAVV, *Repertório do Direito de Macau*, Macau, Faculdade de Direito, Universidade de Macau, 2007; IDEM, “The structural model of Macao’s criminal procedure: Founding principles”, in Manuel Trigo (ed.), *Report on Macau Law*, Macau, Editora LexisNexis, 2014, pp. 221 e ss.

¹⁰³ O acesso ao curso de formação do Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, que possibilita o ingresso na carreira dos juizes e procuradores, pressupõe uma licenciatura em Direito, porém julgamos ser imprescindível que os futuros magistrados de Macau dominem os princípios, os conceitos e as categorias fundamentais do sistema jurídico de Macau e não outro qualquer, o sistema jurídico chinês ou o sistema jurídico de Hong-Kong, por razões óbvias.

cláusula de respeito e protecção dos direitos humanos na Constituição [a] alteração do Código de Processo Penal estabelecendo o princípio da presunção de inocência e a obrigatoriedade de revisão das sentenças de morte pelo Supremo Tribunal Popular [à] criação de diversos instrumentos jurídicos de protecção dos direitos humanos [e] ao crescimento da consciência da população sobre os direitos humanos. [Contudo] há que ter em conta que a China é um país em desenvolvimento [limitado] por condicionalismos de ordem natural, histórica, cultural, económica e social e confrontado por muitos desafios. O Governo chinês terá de caminhar um longo percurso a fim de realizar a nobre finalidade – o gozo integral dos direitos humanos por todos os cidadãos chineses”¹⁰⁴.

Que esse percurso se cumpra verdadeiramente depende de se partilhar do princípio afirmado, desassombradamente, por Chen Guang Zhong: “Os «Direitos Humanos» não são mais do que os *direitos de que uma pessoa goza na qualidade de ser humano, daí que o seu respeito e a sua defesa sejam a expressão, em conjunto, do primado da lei e da civilização moderna*”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ “Nation makes impressive advances in human rights”, discurso proferido na Cerimónia de Abertura do 4º Fórum de Pequim sobre Direitos Humanos, disponível em www.chinahumanrights.org [12.01.2012].

¹⁰⁵ Cf. CHEN GUANG ZHONG, “Regras de exclusão de provas ilegais em processo penal”, in AAVV, *Actas da Conferência Internacional de Processo Penal: Os desafios do Século XXI, Dezembro de 2004*, Macau, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2007, pp. 27 e ss., em especial, p. 38 (itálico nosso).

PREVENÇÃO DE CONFLITOS VIOLENTOS E MANUTENÇÃO DA PAZ UM MAPEAMENTO BREVE

Maria Raquel Freire¹

Este capítulo mapeia algumas das questões fundamentais associadas à prevenção de conflitos violentos e manutenção da paz, seguindo alguns dos autores de referência nas temáticas e debates identificados, sem pretender uma abordagem exaustiva do tema. Três contributos principais são visados neste exercício: primeiro, chamar a atenção para o facto do ciclo dos conflitos, como vem sendo definido, não se tratar de um processo linear faseado, mas antes de um processo mais complexo onde a linearidade dá lugar à interligação de tarefas, instrumentos e objetivos. Segundo, sublinhar o facto de a Organização das Nações Unidas (ONU) ter vindo a fazer um percurso evolutivo em termos de atualização doutrinária, adaptando princípios, normas e procedimentos aos desenvolvimentos mais recentes, nomeadamente acautelando a complexidade de novos atores e contextos, e permitindo melhor ajustar a teoria e a prática, apesar dos muitos limites que ainda permanecem. Terceiro, identificar novas abordagens concetuais nesta área da prevenção, gestão e construção da paz, que têm permitindo visões alternativas e que permitem em contextos de grande complexidade, respostas e ações também elas mais direcionadas.

Deste modo, o capítulo começa pela análise da natureza dos conflitos, procurando perceber as causas e formas de resposta, identifica as teorias dos

¹ Maria Raquel Freire é Professora Associada com agregação de Relações Internacionais da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e investigadora do Centro de Estudos Sociais, da mesma Universidade. Este texto resulta da compilação de notas que serviram de base ao seminário sobre prevenção e gestão de conflitos no âmbito do Mestrado em Direitos Humanos. Não se trata de um trabalho completamente original, no sentido em que segue referências fundamentais na área dos estudos dos conflitos e da paz, como listado nas referências bibliográficas, procurando mapear os principais conceitos e debates neste quadro temático de análise.

conflitos, e procura perceber a evolução dos mesmos de acordo com a doutrina das Nações Unidas, e aborda os conceitos centrais de violência, paz e guerra. Identifica a prevenção, gestão e manutenção da paz como fases não necessariamente lineares do conflito violento, técnicas e instrumentos. Termina com uma breve secção sobre perspectivas críticas ao modelo onusiano, que têm permitido o próprio repensar da doutrina e forma de atuação das Nações Unidas.

1. Conflitos violentos: conceito e teorias

A violência tem sido objeto de estudos vários que pretendem compreender as suas causas e as possíveis abordagens para mitigar os seus efeitos. Conflito é genericamente definido como incompatibilidade de interesses, em que pelo menos dois atores desenvolvem ações simultaneamente para defenderem os seus interesses, no âmbito das quais a possibilidade de violência organizada, sistemática, constitui um dos cenários possíveis. É exatamente no quadro de conflito violento que esta análise se insere. Segundo Wallensteen², conflito refere-se a um comportamento ou ação. Há conflito quando um sindicato entra em greve ou um empregador impede os trabalhadores de entrar no seu local de trabalho. Também há conflito quando dois estados entram em guerra. Contudo, se a relação de conflito se resumisse a isto, então significaria que o conflito terminava quando a ação terminasse. Wallensteen diz-nos que poucos concordariam com esta leitura tão redutora. Um cessar-fogo, por exemplo, não constitui necessariamente o fim de um conflito, pois este é mais do que as ações de diferentes atores³. O autor remete a reflexão para a complexidade associada aos conflitos violentos, e de como quer a identificação das suas causas, quer das ações a desenvolver para lidar com a violência se prolongam no tempo, muitas vezes bem para além da assinatura de um acordo de cessar-fogo. Deste modo, o ponto de partida é o de que o conflito é intrínseco e um aspeto inevitável da mudança social. Expressa heterogeneidade de interesses, valores, crenças, e por isso está presente no quotidiano social, em diferentes dimensões. Deste modo, é aqui entendido que o conflito faz parte do quotidiano, a forma como lhe respondemos é que pode assumir (ou não) traços de violência. Assim, a possibilidade de alterar as respostas habituais e fazer escolhas pode, em muitas circunstâncias, contribuir para uma escalada de violência, ou ao invés, promover estabilidade e entendimento.

A violência tem sido teorizada em duas grandes dimensões: a violência

² Cf. PETER WALLENSTEEN, *Understanding Conflict Resolution, War, Peace and the Global System*, Londres, Sage, 2002.

³ *Idem, ibidem.*

direta, que se refere a dor física, bem como abuso verbal ou psicológico, incluindo violência em contextos de guerra, revoluções, tortura, genocídio, *etc.*; e a violência estrutural, que diz respeito a pobreza, fome, repressão, opressão e alienação social, práticas de desigualdade e discriminatórias, que gradualmente levam a uma erosão dos valores de humanidade e dignidade, refletindo quadros estruturais hostis ao desenvolvimento emancipatório dos indivíduos e das comunidades. Galtung adiciona ainda a dimensão cultural, numa triangulação do conceito que ajuda a perceber os matizes que o conceito assume⁴. A ausência de violência direta não significa necessariamente a satisfação de condições para a manutenção de uma vida humana digna, significa apenas a ausência de guerra. O conceito de violência estrutural ao acrescentar esta dimensão humana à leitura da violência – mesmo em contextos de paz formal –, ajuda a compreender as causas profundas dos conflitos armados chamando a atenção para a necessidade de respostas também elas mais profundas e para além de interesses meramente geoestratégicos, políticos ou económicos de determinadas elites ou grupos. O estado deixa assim de ser o referencial por excelência da violência armada, quando vítimas e perpetradores podem estar diretamente ligados a este, mas também serem territorializados ou de uma natureza transnacional. Esta nova caracterização dos agentes com capacidade de influência e intervenção exige o repensar da ordem tradicional vestefaliana e das respostas que lhe estão associadas, uma vez que muitas ameaças e as respostas a estas estão associadas a dinâmicas extra-estaduais, de natureza infra ou supra-estatal.

As teorias dos conflitos como sistematizadas na bibliografia de referência referem três linhas principais de teorização: teorias estruturalistas, teorias de identidade de grupo, e teorias de frustração-agressão⁵. As teorias estruturalistas estão baseadas em pressupostos de racionalidade, explicando os conflitos violentos como resultantes de cálculos racionais de atores face a restrições, imposições e/ou ameaças externas (reais ou interpretadas). A estrutura da situação social de um ator constitui o conjunto de interações que este acredita serem possíveis desenvolver com outros, bem como os resultados que advenham dessas interações. Deste modo, é considerado que a estrutura é determinada por fatores físicos, como o número de atores, recursos disponíveis, capacidades de comunicação, *etc.*; fatores sociais, como valores e entendimentos partilhados, regras de interação social, e as relações de poder existentes entre os atores; e fatores psicológicos, como crenças e preferências de cada ator. As teorias de

⁴ Cf. JOHAN GALTUNG, “Cultural violence”, in *Journal of Peace Research*, vol. 27, n.º 3, 1990, pp. 291-305; JOHAN GALTUNG e TORD HÖIVIK, “Structural and direct violence: A note on operationalization”, in *Journal of Peace Research*, vol. 8, n.º 1, 1971, pp. 73-76.

⁵ Cf., por exemplo, OLIVIER RAMSBOTHAM, TOM WOODHOUSE e HUGH MIALL, *Contemporary Conflict Resolution*, 3.ª ed., Londres, Polity, 2011; HUGH MIALL *et al.*, *The Contemporary Conflict Resolution Reader*, Londres, Polity, 2015.

identidade de grupo focam na forma como os grupos reforçam a sua identidade e as clivagens nós/eles que daí muitas vezes resultam. Em várias instâncias, através do desafio ou ataque a outros grupos, os líderes tentam explorar as necessidades sentidas por forma a aumentarem o seu poder político dentro dos seus próprios grupos, contribuindo para tensão e eventualmente violência. As teorias de frustração-agressão assentam no pressuposto de que os indivíduos se tornam agressivos porque se sentem frustrados com algo ou alguém que acreditam estar a impedi-los de satisfazerem determinadas necessidades ou desejos. Neste sentido, a violência pode ser causada por deprivação, quando o indivíduo identifica uma diferença profunda entre o seu nível de satisfação e aquele que acredita merecer. Esta sistematização teórica, apesar de algum modo compartimentalizar causas e explicações para a violência, não significa que o entendimento desta tenha de obedecer a uma rigidez concetual e teórica ou que seja estanque na sua capacidade analítica. Trata-se de um exercício que nos ajuda a perceber causas de ordem material, social ou psicológica, que se podem interligar em contextos diferenciados.

Esta reflexão leva-nos à questão da contextualização e da evolução da violência no sistema internacional, discutindo o conceito de guerra, novas guerras e novíssimas guerras. Esta discussão permite desempacotar o tradicional conceito clausewitziano de guerra, e ir além deste, para novas dimensões de guerra além do estado e intraestatais. A definição clássica de guerra de Karl von Clausewitz afirma que as características da guerra incluem um agente público (geralmente, mas não exclusivamente, estados), um claro propósito político, e uma força organizada. Esta definição exclui motins espontâneos, atividade criminosa organizada, atividades terroristas transnacionais desterritorializadas como elementos constituintes da guerra. Sabemos que hoje, num contexto que alguns denominam de pós-vestefaliano e outros de neomedieval, dada a natureza dos atores e dos meios, esta definição mais tradicional de guerra inter-estatal, apesar de ainda aplicável, é muito limitada. Hoje é comum a distinção entre guerras inter-estatais (intervenções armadas e guerras conduzidas por coligações e alianças), guerras intraestatais (guerra civil, guerra de secessão, guerras entre grupos sociais distintos e o governo), e ainda guerras de estados contra alvos não-estatais (como nas guerras de conquista colonial – guerras extra-estatais), de acordo com a tipologia proposta por Holsti⁶.

As denominadas novas guerras, foram assim cunhadas por Mary Kaldor⁷, como reflexo da crescente complexidade que se vive em particular após o final da guerra fria e do desmoronar do bloco soviético. O final da rivalidade

⁶ Cf. KALEVI J. HOLSTI, *Peace and War: Armed Conflicts and International Order, 1648-1989*, Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

⁷ Cf. MARY KALDOR, *New and Old Wars: Organized Violence in a Global Era*, Stanford, Stanford University Press, 1999.

bipolar permitiu espaço para que tensões latentes dessem lugar a violência. Os conflitos violentos na antiga Jugoslávia e no espaço pós-soviético são exemplo desta dinâmica. Nesta proposta, Kaldor entende que existem novas dinâmicas, traduzidas numa mistura de guerra, crime organizado, e violações de direitos humanos, a par de economia criminalizada informal. Os atores podem ser globais e locais, públicos e privados, refletindo um espectro alargado. Quanto aos objetivos, estes traduzem fins políticos particulares com uso de técnicas de terror e desestabilização que teoricamente saem fora dos contornos legais. Estes fatores diluem o político nas outras esferas sociais: isto significa que não há uma separação em termos da lógica que deve prevalecer, e que de acordo com a autora é a lógica política. O que as novas guerras implicam é um esvaziamento da lógica política centralizada no estado que relativamente à violência organizada é formal, interna, legítima, pública (por oposição às novas dinâmicas, objetivos e atores).

De acordo com Mary Kaldor, neste cenário, a lógica política deve prevalecer sobre todas as outras (nomeadamente económica e/ou militar), sendo necessário recuperar o político. De outro modo, diz-nos a autora que enfrentamos a barbárie. No entanto, como já não é possível recuperar o político centralizado, dados os desafios da globalização, é necessário apostar num político descentralizado, onde participam diferentes atores: este político descentralizado implica uma política cosmopolita. Assim, as novas guerras são mais um desafio político do que militar; são sobre quebra de legitimidade (diminuição da centralidade do estado) e sobre a necessidade de novas políticas cosmopolitas. Estas implicam princípios democráticos e pluralistas, como numa sociedade civil global, Organizações Não-Governamentais (ONGs) transnacionais, comunidades de direitos humanos, etc., no sentido de reconstruir legitimidade em zonas de guerra.

As novíssimas guerras, termo cunhado por Tatiana Moura⁸, são hiper-concentrações de violência armada em territórios muito limitados, ou micro territórios (bairros, comunidades urbanas, zonas suburbanas), dentro de um contexto nacional de paz aparente, institucionalizada e formal. Trata-se de um fenómeno local (territorialmente), mas globalizado (disseminação e dependência face a zonas de paz, guerra e pós-guerra). Este conceito chama a atenção para a dimensão micro, local deste fenómeno. A autora trabalhou contextos urbanos como as favelas no Rio de Janeiro, para demonstrar a violência persistente e um estado de guerra em contexto de paz formal.

Estas diferentes concetualizações de guerra permeiam diferentes formatos, entre estados, dentro de estados, para além dos estados, e em níveis de análise diferenciados. As leituras menos tradicionais de guerra que têm vindo a ser

⁸ Cf. TATIANA MOURA, *Novíssimas Guerras: Espaço, Identidades e Espirais da Violência Armada*, Coimbra, Almedina, 2010.

desenvolvidas chamam a atenção para formas também elas menos tradicionais de operacionalização do conceito, cuja atualidade e relevância é evidente.

2. Prevenção de conflitos violentos: alerta antecipado e diplomacia preventiva

O objetivo de prevenir violência tem estado nas agendas, identificado como prioridade que visa diminuir custos materiais e humanos, através de diferentes estratégias, que abordaremos em seguida. Uma nota que deve ser adicionada desde já, no entanto, refere-se à questão de que a prevenção significa a não publicitação devido a uma não-ocorrência. Isto significa que em muitas situações as atividades de natureza preventiva não permitem uma avaliação justa do trabalho de bastidores desenvolvida por diferentes atores, de natureza governamental ou não-governamental.

A prevenção de conflitos violentos pode ser entendida como a monitorização e/ou intervenção para estabilizar uma situação com potencial para a violência, através de ações que visem as causas de fundo ou os elementos promotores de uma disputa. Duas linhas fundamentais têm sido identificadas: 1) mecanismos de alerta antecipado (*early warning*), e 2) institucionalização da ideia de prevenção nos níveis local, regional e internacional. Estas linhas chamam a atenção para a necessidade de mecanismos criativos que permitam criar janelas de oportunidade negociais e/ou de entendimento que evitem escalar de tensões latentes ou explícitas, bem como enraizar um entendimento de prevenção nas atitudes e práticas do quotidiano, não só a nível institucional e burocrático, mas ao nível do dia-a-dia das populações e das comunidades⁹.

O conceito de prevenção passa por “investigação e análise de factos – para identificar o mais cedo possível as circunstâncias que podem conduzir a conflito violento – e a necessidade de diplomacia preventiva para responder aos problemas mais imediatos com atenção às causas do conflito”¹⁰. Esta definição do contexto com referência à natureza do conflito, causas e fases implica o uso de mecanismos para monitorizar indicadores que possam ajudar a perceber alterações irregulares ao contexto. Os indicadores de alerta antecipado incluem

⁹ Cf., por exemplo, JOHN BURTON, *Conflict: Resolution and Prevention*, Nova Iorque, St. Martin's Press, 1990; ALBRECHT SCHNABEL e DAVID CARMENT, *Conflict Prevention from Rhetoric to Reality: Organizations and Institutions*, vol. I, Londres, Lexington Books, 2004; DAVID CARMENT e ALBRECHT SCHNABEL, *Conflict Prevention from Rhetoric to Reality: Opportunities and Innovations*, vol. II, Londres, Lexington Books, 2004.

¹⁰ Cf. Secretary-General, *An Agenda for Peace. Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-keeping: Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992, A/47/277*, de 17 junho de 1992, disponível em <http://www.un-documents.net/a47-277.htm> [10.11.2016].

monitorização de alterações políticas e económicas num país ou no seio de um grupo. Geralmente, estes são indicadores de longo prazo e incluem por exemplo indicadores criminais, desemprego, formas de expressão social e política, como o aumento significativo de atividades criminosas, vandalismo, protestos, retórica inflamada, entre outros; e a seleção de iniciativas específicas a implementar como forma de resposta aos indicadores identificados como preocupantes.

Esta abordagem permite um enfoque em ações/intervenções pontuais como forma de melhor responder à identificação de tensões. Apesar de maior especialização, o conceito de diplomacia preventiva tem sido adensado visando intervenções mais estruturais, ou seja, incluindo desenvolvimento institucional, económico, e comunitário como pilares de atuação que visem contribuir para sociedades mais equilibradas e onde os indicadores de violência possam ser minimizados. Esta perspetiva está em linha com o entendimento de que “uma estratégia preventiva efetiva [exige] uma abordagem inclusiva, com medidas políticas, diplomáticas, humanitárias, de desenvolvimento, institucionais e outras, de curto e longo prazo, assumidas pela comunidade internacional, em cooperação com atores nacionais e regionais”¹¹.

Relativamente à contextualização teórica, a bibliografia de referência tem avançado com o conceito de comunidade de segurança¹², teorias de integração¹³ e regimes internacionais¹⁴, visando a identificação das fundações estruturais de uma comunidade internacional pacífica. Isto envolve não apenas elementos de poder, mas também normas, valores e interesses partilhados; interação pacífica entre diferentes grupos dentro do estado que pode ser desenvolvida através de iniciativas estruturais de desenvolvimento económico, institucional, jurídico e social. Como exemplos, estas abordagens podem centrar-se na criação de instituições que reconhecem diferenças e garantem acesso equitativo às estruturas políticas e de poder, favorecendo contatos ao nível das elites através uma natureza inclusiva; e na cooperação entre diferentes identidades comunitárias, procurando avançar para além do nível institucional para estruturas económicas e sociais que assegurem a criação de ligações ao nível da sociedade civil.

¹¹ Cf. KOFI ANNAN, *Prevenção de Conflitos Armados. Relatório do Secretário-Geral*, Nova Iorque, Nações Unidas, 2002, disponível em https://www.unric.org/html/portuguese/peace/Nacoes_Unidas_final.pdf [10.11.2016].

¹² Por exemplo, cf. EMANUEL ADLER e MICHAEL BARNETT (orgs.), *Security Communities*, Cambridge Studies in International Relations, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

¹³ Por exemplo, cf. LEON LINDBERG e STUART A. SCHEINGOLD (orgs.), *Regional Integration: Theory and Research*, Harvard, Harvard University Press, 1971; JAIME DE MELO e ARVIND PANAGARIYA (orgs.), *New Dimensions in Regional Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

¹⁴ Por exemplo, cf. STEPHEN D. KRASNER, *International Regimes*, Cornell Studies in Political Economy, Ithaca, Cornell University Press, 1983; VOLKER RITTBERGER e PETER MAYER, *Regime Theory and International Relations*, Wortley, Clarendon Press, 1995.

No contexto e definição de estratégias, a identificação das causas permite definição de fatores ligados à rápida e por vezes inesperada alteração de circunstâncias, aos diferentes níveis de interação – governamental, societal, e como políticas e ações em diferentes áreas setoriais e com diferentes implicações, podem induzir condições para violência e escalada de conflito armado. Deve ser notado que o legado histórico e as condições socioeconómicas são fatores herdados do passado e que não podem ser alterados no curto-prazo. Isto significa que mesmo fazendo um mapeamento cuidado de causas e fatores, e desenhando uma resposta ajustada, os resultados poderão ser limitados no curto-prazo. No entanto, medidas estruturais poderão ser mais demoradas na sua implementação e resultados, mas no médio-longo-prazo podem permitir contextos mais favoráveis a uma paz sustentada. As instituições e os processos políticos são também importantes: normas e instituições sobre as quais se pode agir no médio-prazo, e que podem influenciar o comportamento das partes em conflito, devem ser objeto de atenção. Os quadros institucionais mais ou menos participativos e participados são, neste contexto, também fundamentais. E as ações dos protagonistas, que naturalmente estão no cerne de muitas das ações preventivas, dado o modo como os grupos e indivíduos percebem a situação e reagem à mesma, são mais um elemento que não deve ser descurado. De sublinhar ainda que muitas vezes a percepção da ameaça é real, mas pode também ser imaginada, fabricada ou instrumentalizada, pelo que uma atuação global requer recurso a meios materiais e ideacionais, e o tratamento cuidado de informação, atores e recursos. De facto, por exemplo, as questões das lealdades e legitimidade na mobilização de apoio popular, recorrendo por vezes a apelos nacionalistas e manipulação identitária, podem constituir fatores instigadores de violência; ou a oposição ao poder instalado pode contribuir para diminuir a flexibilidade para concessões e entendimentos, lidos como sinal de fraqueza. Daí que este tratamento global e inclusivo das questões seja considerado na bibliografia de referência como essencial.

As iniciativas de prevenção de conflitos têm tido lugar em diferentes dimensões demonstrando a multidimensionalidade que o conceito assumiu e a prática operacionalizou. Exemplos incluem o fortalecimento do sentido de comunidade, através de atividades ao nível da sociedade civil, como construir um ginásio ou promover atividades culturais integradas; a promoção do desenvolvimento económico, introduzindo programas de redução de desigualdades, legislação não discriminatória, apoio à iniciativa económica, criação de emprego; a promoção do estado de direito; o envolvimento preventivo de forças armadas, polícia, partes terceiras para evitar violência e facilitar diálogo político em contexto de tensão. As iniciativas em diferentes dimensões setoriais, e níveis – governamental e não governamental –, são múltiplas e visam criar mecanismos que permitam dirimir tensões, evitar escalada de tensão e deterioração de contextos, que possam potenciar violência.

3. Mediação, gestão e transformação de conflitos: tarefas e instrumentos

As atividades de prevenção nem sempre surtem os efeitos esperados, apesar de esforços desenvolvidos no sentido de reversão da tensão. Neste contexto, faremos uma breve incursão pelos conceitos de mediação, gestão e transformação de conflitos, conceitos interligados e que chegam a sobrepor-se. O *peacemaking* trata da fase de negociação, onde o esforço diplomático de mediação procura alterar uma situação de violência para outra de não-violência. Quando alcançar um acordo de paz é o objetivo, este deve envolver todas as partes; cessar a violência destrutiva, geralmente através de cessar-fogo; focar nas causas estruturais da violência¹⁵. No entanto, uma questão central prende-se com quando iniciar o processo negocial. Há vários momentos referenciados na bibliografia como os mais adequados à tentativa de alteração da situação, nomeadamente medo e exaustão, alterações na estrutura e/ou liderança no poder, percepção de objetivos, que favorecem o surgimento de janelas de oportunidade. Zartman avança com situações onde as partes entendem que a violência não lhes permitirá ganhos adicionais, pelo que a sua extensão é desfavorável a todos – *mutually hurting stalemates*, ou ao invés, situações em que todos sentem que podem ganhar se chegarem a um entendimento – *mutually enticing opportunities*. Estas janelas de oportunidade para a resolução, permitem diferentes métodos que se podem traduzir em:

- 1) Conciliação: forma de negociação que procura resolver a disputa antes da violência ocorrer, criando oportunidades para ajustar diferenciais, e exigindo vontade das partes para efetivamente alcançar um compromisso;
- 2) Arbitragem: menos formal e mais flexível do que a atuação e decisão de um tribunal, mas cuja decisão é juridicamente vinculativa;
- 3) Mediação: intervenção de uma parte terceira com objetivo de ultrapassar os diferenciais, impasses, obstáculos, de modo a alcançar uma solução aceitável às partes envolvidas.

A diplomacia é a prática de conduzir relações entre atores com o objetivo de influenciar, transmitir uma posição ou negociar sobre uma determinada situação ou assunto com o objetivo de alcançar um resultado aceitável. Geralmente ocorre em três níveis, conhecidos como *tracks*. O *Track I* envolve atores estatais, geralmente diplomatas, que atuam no quadro de legitimidade de um

¹⁵ Cf. WILLIAM I. ZARTMAN (org.) *Peacemaking in International Conflict: Methods and Techniques*, Washington D.C., United States Institute of Peace, 2007.

estado ou organização multilateral. Os mediadores podem ter um papel crucial no resultado do processo de paz, incluindo incentivos políticos e económicos, por exemplo. A relevância para as partes destes esforços tem que significar compromisso com o processo negocial, de outro modo a possibilidade de sucesso fica comprometida à partida. Há, no entanto, várias dificuldades associadas a um processo de mediação diplomática. As partes envolvidas são centrais, uma vez que geralmente há atores estatais e atores não-estatais, incluindo por exemplo autoridades estatais, rebeldes, opositores à autoridade central, que tornam complexo o processo dado o cuidado necessário na legitimação (ou não) de determinado estatuto. Por exemplo, sentar a uma mesma mesa estes diferentes atores pode implicar uma negociação prévia, dadas as reticências de atores estatais em reconhecerem o mesmo estatuto a atores não estatais. Ainda relativamente a atores, por vezes as partes enviam representantes menos graduados, nem sempre com poder de decisão, o que tem implicações no processo.

O papel do mediador é central. Pode alterar a relação de poder na negociação, como mencionado, oferecendo apoio adicional a uma das partes igualmente poderosas criando assimetria; ou oferecer apoio adicional à parte mais fraca criando simetria nas negociações. O mediador oferece legitimidade ao processo, evitando perda-de-face das partes ou entendimentos de concessões antecipadas antes da real possibilidade de compromisso. O mediador pode ainda fazer uso de recursos vários como incentivos positivos e negativos, incluindo ajuda humanitária, relações comerciais, sanções, e suspensão ou expulsão de uma organização internacional. As principais críticas que a bibliografia de referência aponta centram-se na falta de influência face aos desenvolvimentos no terreno (necessidade de assegurar que os representantes nas negociações e os beligerantes estão em linha no processo negocial). Neste contexto, o triângulo elites, líderes comunitários, população¹⁶ – é fundamental, torando o processo negocial dependente de comunicação e interdependência entre os vários níveis de atores.

O *Track II* é reconhecido como fundamental para criar fundações para negociações ao mais alto nível, assegurar estabilidade no seio das comunidades e uma perspetiva de paz. O objetivo é geralmente iniciar conversações para definir uma base comum de entendimento que sustente as negociações. Os mediadores são geralmente atores não-estatais, muitas vezes académicos, e os processos têm lugar de forma menos pública e por isso mais suscetível de permitir maior flexibilidade e maior abertura. As reuniões são geralmente organizadas em locais neutros às partes em conflito, num ambiente informal, que procura criar contextos favoráveis a uma maior flexibilização de posições. Mantendo-se

¹⁶ Cf. JOHN LEDERACH, *Little Book of Conflict Transformation: Clear Articulation of the Guiding Principles by a Pioneer in The Field*, Nova Iorque, Good Books, 2003.

como um processo paralelo às negociações formais, de *track I*, permite manter as partes em contato mesmo em momentos mais críticos no processo oficial. Em alguns casos, permite mesmo desbloquear impasses. As críticas apontadas a este nível de negociação diplomática incluem questões de legitimidade; a capacidade de influência e experiência dos atores; as relações interpessoais e a volatilidade associada a estas¹⁷.

O *track III*, que se distingue do *track II* pelo nível de profundidade a que se dirige, inclui líderes locais e regionais, como líderes religiosos, políticos locais e outros membros reconhecidos pela comunidade. O objetivo do *track III* é dirigir o processo para os indivíduos, envolvendo mais diretamente as populações afetadas pela violência. Esta negociação procura complementar os outros processos, aproximando a mediação da dimensão local (chefes tribais, religiosos, de aldeia, ou outros, a quem é reconhecida capacidade e legitimidade). Embora estes processos locais levantem também inúmeras questões (hierarquização, legitimidade e mesmo representatividade), têm-se revelado em alguns casos como melhor aceites pelas comunidades, que entendem intervenções externas como interferência.

A manutenção da paz assume um lugar central na gestão de conflitos violentos. O *peacekeeping* traduz-se numa intervenção militar de terceiros para assistir na transição do conflito violento para uma paz estável. Os objetivos passam por promover segurança e estabilidade, e apoiar e facilitar outras iniciativas não-militares. A eficiência é influenciada pela estrutura institucional e pelas práticas a nível operacional. Não contempladas na Carta das Nações Unidas, as missões de paz ficaram conhecidas como missões cap.VI ½ quando assim foram cunhadas pelo antigo Secretário-Geral da ONU, Dag Hammarskjöld¹⁸. Estando entre o capítulo VI (solução pacífica de controvérsias) e o capítulo VII (ação em caso de ameaça à paz, rutura da paz e ato de agressão), as missões traduzem o princípio de segurança coletiva: “um por todos, todos por um”. As missões de paz têm sido categorizadas em diferentes tipos de missões, que correspondem a desenvolvimentos no terreno, e à própria evolução das características e contornos destas missões, nomeadamente:

- 1º tipo: missões tradicionais (presença política das Nações Unidas, uso de forças militares com mandato limitado)
- 2º tipo: missões multifuncionais ou multidimensionais (mudança de paradigma com o final da Guerra Fria)

¹⁷ Cf. OLIVIER RAMSBOTHAM, TOM WOODHOUSE e HUGH MIALL, *Contemporary Conflict Resolution*, op. cit.

¹⁸ Cf. UN Information Service, “Looking Back/Moving Forward”, s/d, disponível em <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/60yearsPK/> [10.11.2016].

- 3º tipo: missões de *peace enforcement*, maior robustez militar, responsabilidade de proteger (R2P), associação a mandatos humanitários.

Várias são as componentes dos mandatos destas missões. As tarefas de verificação de acordos de cessar-fogo, retirada de forças militares, monitorização de questões relacionadas com direitos humanos, ação preventiva de modo a evitar o reacender de violência após acordo de cessar-fogo (funções de monitorização e observação), desarmamento e desmobilização através de processos de DDR(R) – desarmamento, desmobilização, reintegração, (reconstrução), remoção de minas, incluindo formação e programas educativos especializados, apoio eleitoral através de assistência técnica e logística, segurança do pessoal e equipamento, bem como dos votantes, e monitorização de todo o processo eleitoral, são exemplos.

Duas grandes categorias de mudança têm sido identificadas neste contexto: 1) novo ambiente operacional: hoje *peacekeeping* em países em guerra civil, com envolvimento de fações locais e forças irregulares, em condições de segurança frágil e emergência humanitária; 2) expansão dos objetivos das missões: pessoal civil e militar, em operações coordenadas com vários atores (OIs, ONGs). Estas alterações implicam novos desafios que levaram à própria evolução na natureza das missões e da sua atuação.

De facto, a Doutrina das NU tem evoluído procurando dar resposta à também crescente complexidade dos contextos e dos atores envolvidos. Em 1992, o documento *An Agenda for Peace*, de Boutros-Ghali visava consolidar a doutrina das missões de paz, e o Suplemento à mesma publicado em 1995, vinha acrescentar ao documento. Eram visadas quatro fases consecutivas na ação internacional de prevenção ou controlo de conflitos, e no sublinhar da relevância da sua coesão: diplomacia preventiva, *peacemaking*, manutenção da paz, e *peacebuilding*. Escrita num contexto de otimismo logo a seguir ao final da guerra fria, o documento espelha o aumento das missões, em número e variedade de mandatos. Em 2000, o *Brahimi Report* (não é um relatório doutrinal) avança o sistema de manutenção da paz em dois níveis: missões lideradas e coordenadas pelas Nações Unidas e missões autorizadas pelas Nações Unidas mas conduzidas e coordenadas por um estado-membro, um grupo de estados ou uma organização internacional. Revela a necessidade de coordenação interinstitucional, bem como a incapacidade das Nações Unidas de darem resposta aos inúmeros desafios que se lhe apresentavam. Em 2008, a Doutrina “Capstone”: *Manual on principles and guidelines for the deployment of peacekeeping missions*, adiciona à doutrina elementos inovadores na articulação entre dimensões políticas e sociais, entre elites no poder e a dimensão local.

Sumariamente, as funções de base da manutenção da paz incluem: observação, monitorização e exposição; supervisão e verificação; interposição

e medidas de confiança. Os mandatos alargados exigem maior integração de funções, objetivos e atores, negando uma rigidez concetual. Os princípios básicos incluem a denominada “Santíssima trindade”¹⁹: consentimento das partes, imparcialidade e uso mínimo da força. Contudo, devemos adicionar ainda a questão da legitimidade, credibilidade, promoção do controlo nacional e/ou local, e transição de funções (*exit strategy*). Esta última questão, da definição de estratégias de saída tem-se mantido na agenda como uma questão difícil. O sucesso das missões tem sido medido de acordo com os objetivos definidos, como a contribuição para a gestão das diferenças, limite da violência armada, apoio a outras intervenções com tarefas de assistência humanitária e *peacebuilding*. Tem sido claro o reconhecimento da complementaridade entre diferentes ações ao nível da prevenção, gestão, e atividades de *peacebuilding*.

O *peacebuilding* é um processo que facilita o estabelecimento de uma paz duradoura e procura evitar a recorrência de violência através da resposta às causas enraizadas de violência e efeitos do conflito através de reconciliação, construção institucional e política, bem como transformação económica. Trata-se de um processo complexo que se materializa a médio e longo-prazo, e que envolve dimensões funcionais e emocionais. A resolução de conflitos passa por mudanças que envolvem diminuição na intensidade do comportamento conflituoso, mudança de atitudes e transformação das relações ou interesses em confronto no cerne da estrutura do conflito. Voltamos neste quadro ao conceito de paz positiva e paz negativa²⁰, onde a primeira se prende com a ausência de conflito violento e a forma de a alcançar é encontrar uma solução para os conflitos existentes, e a segunda tem a ver com relações harmoniosas, conseguidas quando duas ou mais entidades em conflito desenvolvem projetos conjuntos e os benefícios aí conseguidos são repartidos equitativamente. Não têm que ser matematicamente iguais, mas é importante que não haja desigualdades flagrantes entre as partes. O modelo avançado por Galtung inclui complementaridade (combinação de respostas apropriadas que precisam ser trabalhadas para maximizar possibilidades de sucesso), contingência (natureza e “fase” da violência), e transformação do conflito, que deve incluir dimensões variadas de *peacebuilding*. As ligações entre a prevenção e a reconstrução são facilmente identificáveis, demonstrando a sobreposição entre tarefas, instrumentos e mesmo objetivos, apesar dos contextos distintos.

¹⁹ Cf. ALEX J. BELLAMY e PAUL WILLIAMS, *Understanding Peacekeeping*, 2.ª ed., Londres, Polity, 2010.

²⁰ Cf. JOHAN GALTUNG, “[Entrevista] Johan Galtung: «Me impressiona la idea de unos Estados Unidos de Latinoamérica»”, in *Deutsche Welle*, edição de 20 setembro de 2010, disponível em <http://www.dw.com/es/johan-galtung-me-impresiona-la-idea-de-unos-estados-unidos-de-latinoam%C3%A9rica/a-6021716> [10.11.2016].

4. Notas conclusivas

Na década de 1990 entendia-se que o conflito violento resultava essencialmente de mudança social, onde indivíduos ou grupos marginalizados articulavam os seus interesses e desafiavam as normas e estruturas de poder existentes. Começou-se não só a olhar o conflito em si e como as partes podem resolver diferendos, mas a assumir uma postura mais abrangente relativamente ao *timing* e natureza da intervenção. Esta nova leitura da intervenção de terceiros traz à discussão a importância das agências internas, os chamados “fazedores de paz” locais; a construção de capacidades, mobilização de grupos locais e aprendizagem com culturas diferenciadas no modo de gerir conflitos de forma sustentável no tempo. Estes desenvolvimentos foram sendo refletidos na doutrina onusiana e na forma de intervenção e resposta aos desafios vários que foram surgindo.

Uma abordagem crítica à paz e à violência passa por não assumir relações e instituições como pré-informadas, mas problematizá-las e desafiá-las. Nesta linha, o papel da linguagem é fundamental, uma vez que o discurso contribui em muitas circunstâncias para perpetuar relações de diferença (dominação/exclusão). Assim, um discurso transformador sobre a paz, que faça o questionamento da legitimação discursiva e de reificação de formas particulares de conhecimento, poderá abrir novos caminhos de ação. A necessidade de maior participação das populações locais nos processos de desenvolvimento, através de modelos híbridos pós-liberais que conjugam procedimentos tradicionais com envolvimento alargado dos locais (vontades, participação, objetivos, desejos, aspirações), pode também contribuir para ações mais amplas na sua abrangência e mais inclusivas no seu alcance. Pontos que ficam para reflexão.

O RESGATE POLÍTICO-PENAL DA VÍTIMA (MULHER) EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CONVENÇÃO
DO CONSELHO DA EUROPA PARA A PREVENÇÃO
E O COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES
E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, ADOTADA EM ISTAMBUL,
A 11 DE MAIO DE 2011, E DA LEI N.º 83/2015,
DE 5 DE AGOSTO

*Mário Ferreira Monte*¹

I. A vítima e a Convenção de Istambul

Dos vários considerandos que a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011, faz, há um que serve de mote às nossas reflexões: “Reconhecendo, com profunda preocupação, que mulheres e raparigas estão muitas vezes expostas a formas graves de violência, tais como a violência doméstica, o assédio sexual, a violação, o casamento forçado, os chamados «crimes de honra» e a mutilação genital, os quais constituem uma violação grave dos direitos humanos das mulheres e das raparigas e um obstáculo importante à realização da igualdade entre mulheres e homens”.

¹ Professor associado com agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Diretor e membro do Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII). Este artigo, com um enfoque próprio e um conteúdo renovado, recupera algumas ideias que foram desafiadas inicialmente no número 28 da *Revista Julgar*. Foi escrito para comemorar o X aniversário do Mestrado em Direitos Humanos da Escola de Direito da Universidade do Minho, uma das mais relevantes e marcantes iniciativas que foi tomada nesta Escola em prol do estudo sistemático e científico dos direitos humanos.

Não pode ignorar-se que o fenómeno da violência sobre raparigas e mulheres, em particular nas formas ali mencionadas, de violência doméstica, assédio sexual, violação, casamento forçado, “crimes de honra” e mutilação genital, não é de hoje, nem sequer pode dizer-se que terá tido na atualidade uma expressão que nunca tivera. É, lamentavelmente, um fenómeno antigo.

Porém, há uma “diferente” perspetiva do fenómeno e das suas implicações, ao que se alia uma “nova” concepção – diríamos, jushumanística e holística – em seu teor que explica boa parte das motivações que terão estado na base da Convenção de Istambul. Essa perspetiva e essa concepção refletem um modo assumidamente europeu de ver o mundo e de sobre ele influenciar comportamentos e hábitos, que bem pode resumir-se no último considerando daquela Convenção: “Aspirando a criar uma Europa livre de violência contra as mulheres e de violência doméstica”.

Na verdade, a Europa tem um histórico jurídico em torno destas questões que está referenciado no preâmbulo da Convenção de Istambul e que vale a pena aqui recuperar. A convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (STE n.º 5, 1950) e respetivos Protocolos, a Carta Social Europeia (STE n.º 35, 1961, revista em 1996, STE n.º 163), a Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos (STE n.º 197, 2005) e a Convenção do Conselho da Europa Relativa à Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e o Abuso Sexual (STE n.º 201, 2007) são instrumentos jurídicos que proclamam a igualdade de pessoas e reprovam qualquer tipo de discriminação, desde logo, em função do sexo. Por outro lado, várias recomendações do Comité de Ministros aos Estados membros do Conselho da Europa foram no sentido de garantir proteção das mulheres e crianças em relação a qualquer tipo de violência, particularmente a doméstica e a de natureza sexual: a Recomendação Rec(2002)5 sobre a proteção das mulheres contra a violência, a Recomendação CM/Rec(2007)17 sobre normas e mecanismos para a igualdade de género, a Recomendação CM/Rec(2010)10 sobre o papel das mulheres e dos homens na prevenção e resolução de conflitos e na construção da paz, entre outras².

Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem produziu jurisprudência relevante no sentido de estabelecer regras importantes no domínio da violência contra as mulheres³, jurisprudência essa que, de algum modo, como é referido no preâmbulo da Convenção de Istambul, inspirou a elaboração deste

² Na verdade, as que mencionamos no texto são apenas algumas das recomendações. Porém, a lista é significativamente maior. Para termos uma ideia, vale a pena consultar a lista publicada em *Livre do Medo. Livre da Violência. Manual para Deputados*, organizada por Hilary Fischer da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, 2012, p. 103.

³ Para uma ideia dessa jurisprudência, cf., entre outros, *Livre do Medo...*, *cit.*, p. 105, bem como http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Violence_Woman_ENG.pdf [19.07.2016].

instrumento jurídico. Um dos casos que mais repercussão teve, no sentido de forçar os Estados a adotar medidas que afastassem a ideia de que a violência sobre as mulheres era um “assunto privado”, e que deveriam assumi-lo como assunto público, suscetível de ser tutelado pelos Estados, foi o caso *Bevacqua e S. contra a Bulgária*, de 2008⁴.

Apesar de tudo o que acabamos de dizer, nunca se tinha ido tão longe como se foi em 2011, com a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica. A Europa, através daqueles instrumentos, na linha do que é já tradição em matéria de direitos humanos, sempre afirmou duas ideias: por um lado, a promoção da igualdade de gênero; por outro, a condenação de qualquer tipo de discriminação e violência, nomeadamente quando em causa está a mulher como vítima. Porém, o que de novo tem esta Convenção não é tanto a promoção destas ideias mas o modo como se propôs fazer a sua defesa. Uma das vias que é claramente admitida no compromisso que os Estados firmaram é a do direito penal⁵. Esta solução, assumidamente, tem pretensão de uma certa globalização e transnacionalidade.

Por um lado, a Convenção de Istambul assume como uma das finalidades, “[p]roteger as mulheres contra todas as formas de violência, bem como prevenir, instaurar o procedimento penal relativamente à violência contra as mulheres e à violência doméstica e eliminar estes dois tipos de violência”; por outro lado, estabelece-se a necessidade de se “[c]onceber um quadro global, bem como políticas e medidas de proteção e assistência para todas as vítimas de violência contra as mulheres e de violência doméstica” e de se “[p]romover a cooperação internacional, tendo em vista a eliminação da violência contra as mulheres e da violência doméstica”.

Atente-se no programa: a proteção penal das mulheres contra as formas de violência, em particular a violência doméstica; a globalização de medidas de proteção e assistência às vítimas de tal violência; a cooperação internacional contra este tipo de violência. Trata-se claramente de uma visão jushumanística globalizante, diríamos, transconstitucional, como já nos referimos em outro escrito⁶, que a Europa assume, convocando o direito penal para lhe dar efetividade.

Mas mais: a nosso ver, nunca como agora a vítima foi encarada como um desafio jurídico-penal. Há muito que se vinha reivindicando um estatuto

⁴ Cf., entre outros, *Livre do Medo...*, cit., p. 32.

⁵ No Manual de Deputados que a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa elaborou – *Livre do Medo...*, cit., p. 19 – assume-se como primeiro objetivo da Convenção de Istambul “[p]roteger as mulheres contra todas as formas de violência, e prevenir, processar criminalmente e eliminar a violência contra as mulheres e a violência doméstica”.

⁶ Cf. MÁRIO MONTE, “Tutela jurídica dos direitos humanos: Uma visão transconstitucional”, in Mário Monte e Paulo Brandão (coords.), *Direitos Humanos e Sua Efetivação na Era da Transnacionalidade: Debate Luso-brasileiro*, Curitiba, Juruá Editora, 2012, pp. 69 e ss.

para a vítima diferente daquele que o processo penal lhe tem concedido. Faz muito tempo que o direito penal liberal, assente na relação Estado-arguido, com apagamento da vítima, se vinha revelando ineficaz para lidar com o problema criminal. Já foram dados passos, sobretudo na União Europeia, com a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substituiu a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, no sentido de se conceder à vítima um estatuto de maior relevo processual.

Mas assiste-se agora a algo mais inovador: é no próprio direito penal substantivo que a vítima é pressuposto direto da intervenção jurídico-penal. Trata-se de uma mudança que, embora começando por um certo tipo de criminalidade – violência contra a mulher, seja doméstica, seja de tipo sexual –, significa, para além de outras implicações, a assunção de que a vítima nem sempre tem sido devidamente protegida pelo direito penal. Nisto consiste o resgate jurídico-penal da vítima, em particular da mulher. Aqui, sem dúvida que há uma reorientação do direito penal para a vítima. E é facilmente comprovável se atendermos ao modo como esta Convenção foi transposta para o direito português.

II. A Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto, e os novos crimes de “mutilação genital feminina”, “perseguição” e “casamento forçado”

Sempre que o legislador opta por incriminar uma conduta, para quem entende que a função do direito penal é a de proteger subsidiariamente bens jurídicos⁷, no recorte do tipo de ilícito está sempre a proteção de algum bem jurídico. A incriminação dirige-se direta e imediatamente à proteção de bens jurídicos. Isso continua a ser assim, mesmo nos crimes contra as pessoas. Falamos de crimes interpessoais em que, apesar da relação conflituosa entre agressor e vítima, o tipo legal de crime continua a ser construído em função do bem jurídico e não da relação subjacente. A relação pode relevar para efeitos de qualificação típica (agravando o tipo, por exemplo), mas não para fundamentar a ilicitude, uma vez que esta se afirma pela violação ou o pôr-em-perigo de bens jurídicos. Para sermos mais claros, quando se dá uma violação sexual, em causa está a liberdade sexual de alguém, independentemente do seu titular; quando se dá uma ofensa à integridade física, em causa está a integridade física e psíquica de

⁷ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal: Parte Geral, I, Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 52 e 56 e ss.

alguém, e não necessariamente a integridade física e psíquica desta ou daquela pessoa, porque não é relevante para a definição da ilicitude saber se a integridade em causa é desta ou daquela pessoa. Tal relevância pode vir a ser assumida para efeitos da qualificação do tipo, mas não para a definição do tipo base. Numa palavra: é o bem jurídico que fundamenta a incriminação típica e não a vítima. De tal modo que os crimes, de um modo geral, são públicos. E, quando excepcionalmente são semipúblicos ou particulares, isso sucede apenas e na medida em que processualmente é dada a possibilidade ao ofendido de se queixar e/ou de acusar particularmente, mas nem por isso a relação jurídica se torna privada. Pelo contrário, o assunto continua a ser tratado pelo Estado que é detentor do *Ius puniendi*.

Valem estas considerações para dizer que a vítima não é no direito penal fundamento da incriminação. A vítima é protegida na medida em que os bens jurídicos são protegidos e, por vezes, pode ser motivo de qualificação típica.

Trazendo estas considerações para o tema que tratamos, este modo de ver as coisas fez com que em Portugal, sob determinadas incriminações típicas, fosse possível, até 2015, proteger diversos tipos de vítimas, porque em jogo estavam sempre os mesmos bens jurídicos. Concretizemos.

No tipo legal do artigo 144.º do CP (ofensa à integridade física grave) sempre foi possível proteger a integridade física e psíquica de mulheres, vítimas de violência, da qual resultasse a mutilação de importante órgão, ou a sua desfiguração, ou de algum modo as capacidades de procriação ou de fruição sexual resultassem afetadas, *etc.*⁸. No tipo legal do artigo 153.º do CP (ameaça) também sempre foi possível proteger a liberdade de decisão e de ação da mulher, quando fosse posta em causa por alguém, sob a forma de ameaça. E, se não fosse por esta norma, pelo menos através dos artigos 163.º, n.º 2 (coação sexual), e 170.º do CP (importunação sexual) seria possível garantir tal proteção. Igualmente, o artigo 154.º do CP (coação), de certo modo, já contemplava a possibilidade de proteção de mulheres vítimas de casamento forçado.

Só que, a partir de 2015, surgiram em Portugal três novos crimes: “mutilação genital feminina”, “perseguição” e “casamento forçado” – respetivamente dos artigos 144.º-A, 154.º-A e 154.º-B do Código Penal, que foram introduzidos pela Lei n.º 83/2015, de 5 de agosto. Em grande medida, na sua base está a Convenção de Istambul, ratificada por Portugal a 21 de janeiro de 2013 e que passou a vigorar a 1 de agosto de 2014. Convém perceber, ainda que perfunctoriamente, o que nos sugerem estes tipos de crime, para compreendermos a *ratio essendi* da sua consagração autónoma.

⁸ Nesse sentido, e referindo-se expressamente à mutilação genital feminina, cf., entre outros, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed. atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010, p. 443.

No caso do crime de “mutilação genital feminina” (MGF)⁹, do modo como o legislador o concebeu, está em causa o bem jurídico *integridade física de outra pessoa* que tem como objecto específico o *aparelho genital feminino*, não só pelo elemento sistemático – está inserido nos *crimes contra a ofensa à integridade física* –, mas também porque o legislador aparentemente prescindiu de proteger outro tipo de interesses, como seria o caso do direito à autodeterminação sexual, ao reconduzir a ofensa à mutilação corporal, independentemente de qualquer outra intencionalidade ou resultado dessa ofensa. Em todo o caso, parece-nos que o que deriva da Convenção de Istambul e o que terá estado na base desta tipificação autónoma não seria apenas a integridade física, até porque esta, de certo modo, já estava assegurada pelo artigo 144.º. Pode, portanto, admitir-se que o legislador, embora não sendo claro na redação, terá pretendido – só assim fará sentido a autonomização desta situação – proteger também a integridade psíquica, mental e sexual das vítimas e, mediatamente, a igualdade¹⁰. Trata-se, deste modo, de um crime de ofensa à integridade física (psíquica e mental sexual) *especialmente grave* – e não necessariamente qualificado –, na medida em que já existia o crime de “ofensa à integridade física grave”, previsto no artigo 144.º do CP, e que agora assume particular relevância quando a conduta típica é a que consta do novo tipo.

Não vamos analisar outros elementos deste tipo, até porque já o fizemos em outro escrito¹¹, para onde remetemos, mas o que importa agora reter é que,

⁹ Artigo 144.º-A (Mutilação genital feminina): “1. Quem mutilar genitalmente, total ou parcialmente, pessoa do sexo feminino através de clitoridectomia, de infibulação, de excisão ou de qualquer outra prática lesiva do aparelho genital feminino por razões não médicas é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos. 2. Os atos preparatórios do crime previsto no número anterior são punidos com pena de prisão até 3 anos”.

¹⁰ Neste sentido, com o qual concordamos, cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Assédio sexual nas ruas e no trabalho: Uma questão de direitos humanos”, in Conceição Cunha (org.), *Combate à Violência de Género: Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, p. 72. Em idêntico sentido, Paula Ribeiro de Faria advoga que, para além da integridade física, está em causa a liberdade sexual e a igualdade perante os homens do mesmo grupo social. Cf. PAULA RIBEIRO DE FARIA, “A Convenção de Istambul e a mutilação genital feminina”, in Conceição Cunha (org.), *Combate à Violência de Género: Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, p. 105. No entanto, quer pela inserção sistemática, quer pelo modo como o tipo está formulado, o legislador não se desligou da tipicidade contra a integridade física, bem podendo dizer-se que, embora o objeto da incriminação seja o aparelho genital feminino, o tipo não deixa de ser, tal como está construído, a integridade física da vítima. Sabemos, no entanto, que uma tal pretensão significaria o apoucamento das razões subjacentes a esta nova incriminação, pelo que não nos custa aceitar e propor que o bem jurídico só pode ser o da integridade física, mental, psíquica e sexual da vítima, compreendida aqui a violação da igualdade.

¹¹ Cf. MÁRIO MONTE, “Mutilação genital, perseguição (stalking) e casamento forçado: novos tempos, novos crimes... Comentários à margem da Lei 83/2015, de 5 de agosto”, in *Revista Julgar*, n.º 28, 2016, pp. 75 e ss.

à uma, a base típica da ilicitude já estava protegida por outro tipo e, à outra, os elementos inovadores do tipo são-no, fundamentalmente, em função da *especial condição da vítima*, e não à conta do bem jurídico.

O crime de “perseguição”¹² (também vulgarmente conhecido na literatura criminológica como *stalking*) situa-se nos *crimes contra a liberdade pessoal* – por isso se compreende que seja um crime semipúblico¹³. É bom de ver que o bem jurídico protegido é tanto a *paz pessoal* como a *liberdade de decisão e ação*. A paz pessoal, no sentido de sentimento de segurança, ou seja, sempre que a ação do agente possa colocar em causa o sentimento de segurança, pela provocação de medo ou inquietação¹⁴. E a liberdade de decisão e ação, na medida em que aquela ação possa prejudicar a liberdade de determinação – na decisão e no agir de cada um.

Há também aqui sobreposições com outros tipos de crimes. Desde logo, se a conduta envolver a perseguição ou o assédio de uma pessoa a outra, verificar-se de modo reiterado e ser adequada a causar medo ou inquietação ou a reduzir a liberdade de determinação, independentemente do meio usado, realiza o novo tipo. Caso contrário, pode realizar outro crime – por exemplo, sendo uma só vez, se for uma ameaça, pode realizar o tipo do artigo 153.º do CP – ou pode simplesmente ser socialmente desadequado, censurável, mas não chega a ser criminoso.

¹² Artigo 154.º-A (Perseguição): “1. Quem, de modo reiterado, perseguir ou assediar outra pessoa, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal. 2. A tentativa é punível. 3. Nos casos previstos no n.º 1, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima pelo período de 6 meses a 3 anos e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção de condutas típicas da perseguição. 4. A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância. 5. O procedimento criminal depende de queixa”.

¹³ Não era esta a solução pretendida por uma parte do Parlamento português. Cf. RITA BRAGA DA CRUZ, “O crime de perseguição e a Convenção de Istambul”, in Conceição Cunha (org.), *Combate à Violência de Género: Da Convenção de Istambul à Nova Legislação Penal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2016, p. 95. Mas, atendendo ao bem jurídico em causa, cremos que a solução vertida no tipo é a que melhor se adequa aos interesses em crise. Sobretudo porque um crime de natureza pública poderia projetar situações de dupla vitimização quando a vítima não está preparada para enfrentar as implicações do processo penal.

¹⁴ De certo modo, isto é o que resulta do artigo 34.º da Convenção de Istambul: “As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente ameaçar repetidamente outra pessoa, levando-a a temer pela sua segurança”. Porém, a nosso ver, o modo como o tipo legal português está concebido vai mais longe e não se limita a tutelar a segurança. Pelo contrário, além desta, claramente emerge a liberdade de determinação (de decidir e de agir) como bem jurídico a proteger.

E é ainda possível registar-se situações de concurso ou de articulação de normas quando em causa possa estar uma situação de assédio na rua ou de importunação sexual, e que possam preencher, eventualmente, para além do tipo legal de crime que aqui analisamos (154.º-A), os artigos 163.º, n.º 2, e 170.º do CP¹⁵. Importante é ter em conta que há situações que na prática podem situar-se em zona de fronteira típica destes três crimes¹⁶.

Também aqui não vamos aprofundar os elementos típicos desta nova incriminação, por estar feita em outro escrito¹⁷, para onde remetemos, mas o que mais uma vez podemos dizer é que, de algum modo, os comportamentos agora penalizados já encontravam proteção nos tipos legais enunciados e que podem concorrer parcialmente com a nova incriminação. Porém, foram razões que se ligam à *especial condição da vítima* e ao modo como, em função disso, os comportamentos podem acontecer, que levou à consagração deste novo tipo.

Finalmente, o crime de “casamento forçado”¹⁸ é também um crime contra a liberdade pessoal, neste caso, de se autodeterminar no que se refere ao celibato e à vida conjugal. Quando alguém é forçado a casar, contra a sua vontade, ou com alguém contra o seu gosto, ou simplesmente a viver com outra pessoa num estado equiparável ao do casamento, naturalmente que, para além de ser ilegal, tal casamento ou união de facto putativos são eticamente censuráveis.

Sem entrar na análise dos elementos típicos – já feitos em outra sede, para onde remetemos¹⁹ –, convém deixar uma nota sobre o tipo objetivo e da sua rela-

¹⁵ Há quem – como RITA BRAGA DA CRUZ, “O crime de perseguição...”, *op. cit.*, pp. 94 e ss. –, vá mais longe e alerte para o facto de uma das razões que determinou a autonomização do crime de “perseguição”, previsto no artigo 154.º-A – para além do compromisso internacional firmado na Convenção de Istambul –, ter que ver com a possibilidade de situações de perseguição se integrarem em tipos legais de crime distintos, a saber: 153.º (ameaça); 154.º (coação); 190 (perturbação da vida privada); 192.º (devassa da vida privada); 193.º (devassa por meio de informática) 180 e 181 (difamação ou injúrias); 199.º gravações e fotografias ilícitas); 163.º, 164.º e 170.º (coação sexual violação e importunação sexual); 152 (violência doméstica). A autora tem razão. Mas convém assinalar que, com o novo crime de perseguição, embora a conduta típica se tenha autonomizado, não ficam excluídas situações de concurso, como as que já existiam, acrescidas de outras que o novo tipo pode implicar. Claro que em grande parte serão concursos de normas, sem dificuldades acrescidas de resolução. Ainda assim, a autonomização desta conduta não veio diminuir o problema.

¹⁶ Sobre o tema, detidamente, cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Assédio sexual...”, *op. cit.*, pp. 78 e ss.

¹⁷ Cf. MÁRIO MONTE, “Mutilação genital...”, *op. cit.*, pp. 78 e ss.

¹⁸ Artigo 154.º-B (Casamento forçado): “Quem constringer outra pessoa a contrair casamento ou união equiparável à do casamento é punido com pena de prisão até 5 anos”. Artigo 154.º-C (Atos preparatórios): “Os atos preparatórios do crime previsto no artigo anterior, incluindo o de atrair a vítima para território diferente do da sua residência com o intuito de a constringer a contrair casamento ou união equiparável à do casamento, são punidos com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias”.

¹⁹ Cf. MÁRIO MONTE, “Mutilação genital...”, *op. cit.*, pp. 80 e ss.

ção com o crime de coação. O tipo, agora, consiste em *forçar outra pessoa a casar ou a viver em situação análoga à do casamento*. De certo modo, o atual artigo 154.º do CP já integrava esta situação. Na medida em que alguém pudesse constranger outra pessoa a uma ação – casamento ou união de facto, por exemplo –, já realizava o crime de coação. Porém, neste crime exigia-se um meio específico, que fosse a violência ou a ameaça com mal importante. O novo tipo, do artigo 154.º-B, não só não exige o meio específico como explicita que a conduta se dirige a constranger a realização de casamento ou situação equiparável. Portanto, o que pode dizer-se é que o legislador quis autonomizar estas situações do manto do artigo 154.º (coação) e ao mesmo tempo, por as considerar especialmente mais relevantes que as deste tipo, prescindiu do meio violento ou da ameaça com mal importante, bastando-se agora com o constrangimento, aumentando a moldura penal de até 3 anos ou multa – que está no artigo 154.º – para até 5 anos.

Da proteção mitigada de qualquer pessoa vítima de um tal crime, através do artigo 154.º, deu-se um passo no sentido de uma proteção mais efetiva da vítima deste tipo de crime²⁰. A *especial condição da vítima* foi aqui tida em conta para a nova incriminação típica.

III. A política criminal europeia em matéria de proteção da vítima – em especial, da mulher – como dinamizadora da dogmática jurídico-penal

A doutrina não tem dúvidas em acompanhar o espírito que presidiu à Convenção de Istambul, no sentido de que as novas incriminações típicas têm um significado e um simbolismo claramente assumido na direção da proteção da vítima, em especial, da mulher. Clara Sottomayor²¹, ao analisar o crime de mutilação genital feminina, entende que este tipo realiza “importantes objetivos de prevenção geral, associados ao simbolismo do Direito Penal na comunidade, e chama a atenção da população para o valor do bem jurídico em causa e para o *género feminino da vítima*, contribuindo, assim, para o aumento da consciência social em relação ao carácter ilícito destas práticas enquanto violação dos direitos humanos das mulheres”. De um outro ponto de vista, há quem não duvide em acentuar a necessidade da tipificação autónoma deste tipo de condutas, por razões que, numa palavra, são de política criminal. Nesse sentido vai Paula Ri-

²⁰ Este tipo protege tanto o homem como a mulher. Porém, é sabido, pela realidade fenomenológica deste tipo de crime, que as vítimas na sua esmagadora maioria são mulheres. Portanto, pode dizer-se que é a vítima-mulher que, maioritariamente, está na mira desta proteção.

²¹ Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Assédio sexual...”, *op. cit.*, p. 72 (itálico nosso).

beiro de Faria²² quando entende que “a tipificação e a incriminação autónoma das condutas desempenha uma função muito importante ao nível da interiorização da sua gravidade por parte dos agentes e da colectividade, ao mesmo tempo que permite à norma penal funcionar mais eficazmente como mecanismo de dissuasão deste tipo de práticas”.

São fundamentos que há muito têm vindo a cristalizar uma política criminal europeia em torno da ideia de proteção da vítima e, particularmente, da mulher, numa linha que é a da efetividade da promoção e proteção dos direitos humanos.

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, no seu artigo 14.º, começou timidamente por proibir qualquer tipo de discriminação, proibição que no Protocolo adicional n.º 12, de 2000, veio a ser assumida no artigo 1.º. Mais destemida foi a Convenção do Conselho da Europa relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, de 2005, que, no seu artigo 3.º, ao mesmo tempo que proíbe qualquer tipo de discriminação, determina a necessidade de as Partes aplicarem medidas, previstas na Convenção, que visam proteger e promover os direitos das vítimas, igualmente sem qualquer discriminação. Mas é nos artigos 10.º e seguintes que, além de ser adotado um conjunto de medidas que visam proteger e promover as vítimas, garante a igualdade entre mulheres e homens. Espírito este que, embora voltado para a proteção das crianças, está presente na Convenção do Conselho da Europa relativa à Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e o Abuso Sexual, de 2007. Muitos mais instrumentos jurídicos, quer sob a forma de recomendações, quer sob a forma de resoluções, do Conselho da Europa, mas também outros instrumentos da União Europeia – entre os quais destacamos as que estabelecem normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade²³, que, transpostas para o direito português, deram origem à atual lei n.º 130/2015, de 4 de setembro (Estatuto da vítima) – têm vindo a colocar na ordem do dia dois vetores essenciais da polícia criminal europeia: a *vítima*, não só como sujeito reflexamente relevante no processo penal, mas como verdadeiro sujeito carente de tutela e capaz de contribuir para a conformação da decisão final de cada caso; a *mulher*, como sujeito igual, por um lado, mas necessitado de um olhar diferente, por outro, a merecer uma maior discriminação positiva, no sentido da sua efetiva proteção jurídico-penal.

O que está em causa, a nosso ver, não é o aparecimento de novos bens jurídicos que justifiquem novas incriminações típicas. O que está em jogo, clara-

²² Cf. PAULA RIBEIRO DE FARIA, “A Convenção...”, *op. cit.*, p. 106.

²³ Referimo-nos à já mencionada Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001.

mente, é o modo como esses bens jurídicos são postos em perigo ou são lesados. E o modo, entenda-se, tem que ver com a especial condição da vítima. Portanto, caminhando-se no sentido de as novas incriminações se justificarem por estas razões, estamos a assumir que são fundamentos de política criminal que justificam as novas incriminações.

Um tal modo de ver, que encontra eco na nova política criminal europeia (tanto do Conselho da Europa como da União europeia) apostada na tutela da vítima e, em especial, das raparigas e das mulheres, não podia deixar de ter consequências no ordenamento jurídico de cada Estado. Foi isso mesmo que se pediu²⁴. Foi isso que sucedeu.

As novas incriminações típicas acabam por ser autonomizações incriminadoras de tipos já existentes que, ao se dirigirem à tutela de bens jurídicos em razão da especial condição das vítimas, acabaram por justificar, na sua concepção, nuances que os diferenciam dos anteriores tipos legais de crime. Por isso, pode dizer-se que as novas incriminações são diferentes. Diferentes não só porque os bens jurídicos são postos em causa de um outro modo, a ter implicações nas vítimas que devem ser tidas em conta, mas também porque, por essa mesma razão, os tipos anteriores não ofereciam as mesmas garantias de defesa, atentas as vítimas em causa, que os novos tipos assumem.

Este modo jurídico-penal de intervir não corresponde a uma tradição que, como é consabido, assentava sobretudo numa certa perenidade dogmática. Mas convém desde já afirmar que ainda bem que a tradição deu lugar a um outro modo de olhar o problema criminal. É evidente, como já afirmámos em outras reflexões²⁵, que a “dogmática é indispensável porque a sistematicidade que lhe é inerente garante segurança jurídica resistente a intervenções ideológicas de outro modo inatingível”. Mas não podemos esquecer que já no século passado, com início sobretudo no final do segundo grande conflito mundial, se começou a inverter as coisas: a dogmática jurídico-penal, que sempre tivera um papel proeminente no seio da ciência conjunta do direito penal, cedera esse papel à política criminal²⁶. E, para nós, com maior intensidade a partir da década de setenta,

²⁴ Foi exatamente o que, expressamente, pediu Jean-Claude Mignon, Presidente da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa. Cf. *Livre do Medo...*, cit., p. 10.

²⁵ Cf. MÁRIO MONTE, “Da realização integral do direito penal”, in Figueiredo Dias *et al.* (orgs.), *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 743.

²⁶ Nesse sentido, cf. TAIPA DE CARVALHO, *Direito Penal: Parte Geral*, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 12: “Com a afirmação e consagração do *Estado de Direito Material*, a partir do termo da II Grande Guerra, operou-se uma alteração na relação de subordinação da política criminal à dogmática jurídico-penal. A *política criminal* deixou o seu estatuto de mera ciência auxiliar do direito penal em sentido dogmático para passar a ciência autónoma, face ao direito penal, passando mesmo a ser tida como motor dinamizador da dogmática penal e, portanto, a ocupar uma posição de supremacia face ao direito penal em sentido estrito” (sublinhado no original).

esse papel da política criminal passou a ser partilhado com a criminologia. De tal modo que, quando chegados ao segundo milénio, pode dizer-se que há todo um movimento jurídico-penal em torno dos direitos humanos, de base criminológica e político-criminal, que inevitavelmente apela a um outro modo de ver o crime e a sua solução.

Hoje, de entre os temas que entram na ordem do dia jurídico-penal, inevitavelmente, o da vítima é dos que maior relevo apresenta. E, dentro deste, a vítima-mulher, sem dúvida que é capaz de dinamizar a dogmática jurídico-penal.

Por isso se compreende que a tipicidade criminal no seu conjunto sofra alterações, o que mais não é do que expressão da política criminal e a criminologia a dinamizarem a própria dogmática. O que tudo visto só pode ser acolhido. Pois que para que serve o direito penal senão para garantir a liberdade, para garantir a “livre realização da personalidade de cada um na comunidade”²⁷? E, afinal, que outra coisa se procura com as novas incriminações do que dar expressão à livre realização da personalidade de cada um, em particular das mulheres, na comunidade²⁸?

O que impressiona, no entanto, é que uma certa linha político-criminal, neste caso, de pendor europeu – afinal foi a Convenção de Istambul que inspirou o legislador português –, não seja coerentemente assumida com todas as suas implicações. Neste sentido, não se compreende a tibieza com que o legislador português investe na promoção e proteção das vítimas, em particular das mulheres. Por exemplo, se foi introduzida, pela Lei n.º 7-A/2016, de 30 de março (que aprovou o orçamento Geral do Estado para 2016), a medida de isentar as vítimas de violência doméstica, quando intervenham no processo penal em qualquer das qualidades referidas nos artigos 67.º-A a 84.º do Código de Processo Penal, o que terá impedido que, pela *ratio essendi* subjacente, tal medida se não tivesse

²⁷ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal...*, *op. cit.*, p. 128.

²⁸ Naturalmente que, concordando com a Convenção de Istambul e, de um modo geral, com os propósitos do legislador português, ainda assim, atendendo às especificidades destes crimes, sempre haveria lugar a uma reflexão sobre a articulação da Convenção de Istambul com outras formas de resolução dos conflitos penais, em certos casos apenas, nomeadamente algumas práticas restaurativas, quando manifestamente estejam em causa motivações que de algum modo condicionam culturalmente os seus agentes. Falamos, claro está, dos crimes de motivação cultural, a implicar problemas complexos relacionados com a culpa e com o erro penalmente relevante. Não vamos aqui tratar o problema, até porque já procurámos fazer o enquadramento do mesmo em outros escritos – cf. MÁRIO MONTE, “Mutilação genital...”, *op. cit.*, pp. 84 e ss.; IDEM, “Multiculturalismo e tutela penal: Uma proposta de justiça restaurativa”, in Teresa Beleza *et al.*, *Multiculturalismo e Direito Penal*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 97 e ss. Mas o que nos parece é que, sem que o direito penal recue perante a gravidade das condutas que estão em causa nas novas incriminações, e até pelas razões que estão subjacentes à sua autonomização, a verdade é que o direito aplicado não pode deixar de se abrir a soluções que, reparando devidamente as vítimas, procurem uma efetiva ressocialização dos delinquentes. É neste sentido e apenas neste que nos parece que há margem para um direito penal da reparação, da reabilitação.

estendido às mulheres vítimas de outros tipos de violência, em particular as de natureza sexual, nomeadamente em casos de violação?

É certo que o caminho de faz caminhando, mas não pode deixar de presidir a estas decisões uma certa coerência de fundo, axiológica, que se não esgote em medidas avulsas e espúrias a roçar – esperamos que não! – o populismo político e circunstancial.

EM TEMA DE ABORTO

CRÍTICA DA DISTINÇÃO CATEGORIAL ENTRE A VIDA HUMANA NASCIDA E A VIDA HUMANA (AINDA) NÃO NASCIDA

Nuno Manuel Pinto Oliveira¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. A vida humana (= vida da pessoa humana) como bem fundamental. 2. O problema do aborto na jurisprudência do Tribunal Constitucional. 3. Crítica da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o problema do aborto. 4. Conclusão. A protecção do bem jurídico *vida humana (ainda)* não nascida como protecção de um bem jurídico *subjectivado*.

1. Introdução. A vida humana (= vida da pessoa humana) como bem fundamental

I. O presente texto exprime uma convicção – a convicção de que a vida humana (= vida da pessoa humana) é um *bem fundamental*². Dworkin di-lo de forma expressiva ao falar da *sacralidade* ou *santidade* da vida³. Entre a representação ética e a representação jurídica da vida humana como um *bem fundamental* há e deve haver uma relação de *correspondência exacta*: – a vida humana é um bem protegido pela *lei fundamental* do Estado.

Orlando de Carvalho aludia às “grandes reivindicações formuladas ao direito pela personalidade humana”, entre as quais estaria ou, pelo menos, de-

¹ Professor Catedrático na Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Expressão de JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1980, pp. 81-95: “basic forms of human good”.

³ Cf. RONALD DWORKIN, *Il Dominio della Vita* (título original: *Life's Dominion*), Milão, Edizioni di Comunità, 1994, pp. 124-138.

veria estar o direito à vida⁴. Explicando o sentido da “reivindicação formulada ao direito”, Pedro Pais de Vasconcelos dizia, de forma particularmente sugestiva, que “a personalidade é a qualidade de ser pessoa que o Direito se limita a constatar, sem ter de reconhecer e sem poder negar”⁵.

II. O alcance da representação da vida humana como um *bem fundamental* compreende a *vida humana já nascida* e a *vida humana ainda não nascida*⁶. A vida humana já nascida, por causa do seu *valor actual*; a vida humana ainda não nascida, por causa do seu *valor potencial*. A *potencialidade singular* de cada vida humana encontra-se já no embrião.

Orlando de Carvalho considerava que a protecção da vida humana não nascida não é *defesa* do bem jurídico *vida* e sim (só) *defesa* do bem jurídico *esperança de vida* (*spes vitae*), “enquanto bem jurídico autónomo, posto [que] considerado menos importante que outros bens jurídicos pessoais”⁷.

O argumento causa-nos duas reservas: em primeiro lugar, o bem jurídico protegido *antes* e *depois* do nascimento é um, e só um, e, em segundo lugar, o facto de o bem jurídico *vida humana* ser, ou não, considerado menos importante “que outros bens jurídicos pessoais” é, pelo menos, controverso.

O Código Penal de 1995 representa o problema da “descriminalização” do *aborto* como problema de punibilidade ou de não punibilidade de um *acto ilícito* [= de um aborto ilícito]. O facto de haver casos de aborto não punido e o facto de haver casos de aborto punido com penas mais baixas que a pena prevista para o homicídio pode explicar-se, p. ex., por se admitir que “a mulher que aborta não tem uma consciência plena da alteridade do feto em relação a si própria” ou por se reconhecer que a mulher que aborta não tem uma liberdade plena, estando, como quase sempre está, afectada por alguma “perturbação emocional”⁸. Estando em causa um *acto ilícito* (= um aborto ilícito), duvidar-se-á, justificadamente, de que a presença de *causas de exclusão da punibilidade* signifique a presença de uma qualquer *ponderação de bens constitucionalmente*

⁴ Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil: Sumários Desenvolvidos para Uso dos Alunos do 2.º ano (1.ª turma) do Curso Jurídico de 1980/81*, Coimbra, Centelha, 1981, pp. 160-167 e 185.

⁵ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 2012, p. 79.

⁶ Cf. designadamente RONALD DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge/Londres, Harvard University Press, 2011, p. 376: “human life is of intrinsic importance, and that principle necessarily includes the life of a human fetus, which is undeniably a human life”.

⁷ Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil...*, *op. cit.*, pp. 185-186.

⁸ Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Breves reflexões sobre a evolução do estatuto da criança e a tutela do nascituro”, in AAVV, *Juris et de Jure: Nos Vinte Anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, Porto, Universidade Católica, 1998, pp. 173-195 (189).

protegidos, pela qual o bem jurídico *vida* seja considerado “menos importante” que os *bens* conflitantes.

2. O problema do aborto na jurisprudência do Tribunal Constitucional

I. O *aborto* consiste em causar a morte de um ser humano ainda não nascido⁹. Ora o início da vida de um ser humano não nascido é (ou pode ser) controverso. Os termos da alternativa são dois: O primeiro consiste em ligar o início da vida do ser humano à *concepção*. O segundo, em ligar o início da vida à *implantação* do pré-embrião no útero¹⁰. Entre os dois momentos – entre o momento da *concepção* e o momento da *implantação* do pré-embrião no útero –, há sempre um hiato (não superior a 14 dias)¹¹.

Caso se opte pelo primeiro termo da alternativa, o *aborto* poderá significar duas coisas – (i) a causação da morte de um pré-embrião (até ao 14.º dia de gestação) ou (ii) a causação da morte de um embrião (a partir do 14.º dia de gestação)¹² –; caso se opte pelo segundo termo da alternativa, o aborto significará sempre (e só) a causação da morte de um embrião¹³.

⁹ Heinrich Hörster alega que os termos *interrupção da gravidez* ou *suspensão da gravidez* correspondem a uma “camuflagem linguística” ou a uma “manipulação linguística”, entretanto qualificada como “grave”: “os defensores [da liberalização do aborto] empregavam, sistematicamente, a palavra *Schwangerschafts* unter *brechung* (suspensão [interrupção] da gravidez), como se a gestação interrompida pudesse ser retomada, [para], com esta insinuação, disfarçar os seus propósitos reais”. Hörster sustenta que as palavras *suspensão da gravidez* ou *interrupção da gravidez* deveriam ser substituídas por *Tötung des Leibesfrucht* ou “embriocídio”. O termo *embriocídio* “tornaria claro que não está apenas em causa um estado da mulher, ou seja, a gravidez, mas ainda a vida de outrem, a criança por nascer”. Cf. HEINRICH HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português: Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 23 (nota n.º 24). Embora seja só uma *questão de palavras* e as *questões de palavras* não sejam muito importantes [como diz, p. ex. Karl Popper, em “Sobre as chamadas fontes do conhecimento”, KARL POPPER, *Em Busca de um Mundo Melhor*, Lisboa, Fragmentos, 1989, pp. 53-59 (58), “os problemas cujo objecto se traduz no significado ou na definição de termos não são relevantes”], o argumento está certo.

¹⁰ Sobre as fases da vida humana não nascida, cf. M. PATRÃO NEVES, “O começo da vida humana”, in Luís Archer, Jorge Biscaia e Walter Osswald (coords.), *Bioética*, Lisboa/São Paulo, Verbo, 1996, pp. 175-183.

¹¹ Cf. designadamente PAOLO MARTELLI, “Bioética, pluralismo morale e futuro della cittadinanza”, in Stefano Rodotà (coord.), *Questioni di Bioetica*, Roma/Bari, Editori Laterza, 1997, pp. 5-18 (9); ou ERHARD DENNINGER, “Interruzione di gravidanza e eutanasia precoce: Osservazioni etico-giuridiche”, in Stefano Rodotà (coord.), *Questioni di Bioetica*, Roma/Bari, Editori Laterza, 1997, pp. 342-360 (347).

¹² Criticando a distinção entre os conceitos de embrião e de pré-embrião, cf. CATHERINE LABRUSSE-RIOU, “Destino biologico e finalità del diritto”, in Stefano Rodotà (coord.), *Questioni di Bioetica*, Roma/Bari, Editori Laterza, 1997, pp. 375-385 (384).

¹³ Entendendo que há um amplo consenso em torno do primeiro termo da alternativa, cf. ERHARD

II. O Tribunal Constitucional confronta-se com o problema do aborto fazendo duas distinções: a primeira é uma distinção categorial entre a vida humana ainda não nascida e a vida humana já nascida; a segunda é uma distinção não categorial entre os estádios da vida humana ainda não nascida.

A distinção categorial remete-nos para uma lógica do *tudo ou nada*:

Ou bem que há uma vida humana *completa* – e há alguma pessoa –, ou bem que não há uma vida humana *completa* – e não há pessoa alguma.

A distinção não categorial, essa, remete-nos para uma lógica de *mais e menos* – a vida humana *mais próxima da completude*¹⁴ pesaria ou valeria mais que a vida humana *menos próxima da completude*¹⁵.

a) Em primeiro lugar, o Tribunal Constitucional alega que há uma distinção categorial¹⁶ entre *vida humana completa* e *vida humana incompleta*.

O acórdão n.º 25/84, de 19 de Março, considerava a vida da pessoa humana ainda não nascida como um *bem* ou *valor não juridicamente subjectivado* e o acórdão n.º 85/85, de 29 de Maio, como um *bem* ou um *valor objectivo*.

A vida humana ainda não nascida seria um bem *não juridicamente subjectivado*. O dever de protecção da vida humana ainda não nascida seria um dever sem relação. A protecção da vida humana ainda não nascida seria a protecção de um não sujeito (de uma *não-pessoa*). A vida humana já nascida seria um bem *juridicamente subjectivado*. O dever de protecção da vida humana já nascida seria um dever com relação. A protecção da vida humana já nascida seria a protecção de um sujeito (de uma *pessoa*).

b) Em segundo lugar, o Tribunal Constitucional alega que há uma distinção não categorial entre os *estádios da vida humana incompleta* (não nascida).

O acórdão n.º 75/2010, de 23 de Fevereiro de 2010, fala de um *crescendo de intensidade tuteladora* ou de uma *tutela gradativa*, “progressivamente mais exigente à medida que avança o período de gestação”¹⁷:

DENNINGER, “Interruzione di gravidanza e eutanasia precoce: Osservazioni etico-giuridiche”, *op. cit.*, p. 347.

¹⁴ Ou seja: a vida humana incompleta (ainda não nascida) em estado de gestação mais avançado.

¹⁵ Ou seja: a vida humana incompleta (ainda não nascida) em estado de gestação menos avançado.

¹⁶ Expressão de HORST DREIER, “Stufungen des vorgeburtlichen Lebensschutz”, in *ZRP. Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2002, pp. 377-383.

¹⁷ Cf. acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, de 23 de Fevereiro de 2010, in *Diário da República*, 2.ª série, de 26 de Março de 2010, pp. 15566-15605 (15581) – citando os acórdãos n.º 85/85 e n.º 288/98.

- (i) no primeiro momento do *regime trifásico* aceite pelo Tribunal Constitucional¹⁸, o aborto seria em princípio permitido, ainda que a mãe não tivesse nenhuma razão admitida ou reconhecida como válida para causar a morte do embrião (do seu filho);
- (ii) (no segundo momento¹⁹, o aborto seria excepcionalmente permitido, desde que a mãe tivesse alguma razão reconhecida como válida para causar a morte do embrião (do seu filho);
- (iii) no terceiro momento, o aborto seria em princípio proibido.

O argumento deduzido para explicar a *desprotecção* do bem jurídico da vida é um argumento extraído do bem jurídico (subjectivado) *liberdade da mãe*. Entre a protecção da *liberdade da mãe* e a protecção da *vida do filho* haveria um conflito. A protecção da liberdade, com a *afirmação da licitude* ou com a *negação da ilicitude* do aborto e da eutanásia, significaria uma desprotecção da vida. A protecção da vida, com a *negação da licitude* do aborto e da eutanásia, significaria uma desprotecção da liberdade. Em Estados em que a vida humana é um bem protegido pela *lei fundamental*, a *licitude* ou a *ilicitude* do aborto representar-se-ia (deveria representar-se) como um problema de conflito entre *bens*, entre *princípios* e/ou entre *valores*. O conflito deveria resolver-se através de uma (adequada) *ponderação de bens*. Ora o *peso relativo* dos bens jurídicos *liberdade* e *vida* seria um *peso variável*.

O *primeiro momento* caracterizar-se-ia pela prioridade do bem jurídico (subjectivado) *liberdade da mãe* sobre o bem (não subjectivado) *vida do filho*. O *terceiro momento*, pela prioridade do bem jurídico (não subjectivado) *vida do filho* prevaleceria sobre o bem jurídico (subjectivado) *liberdade da mãe*.

III. Entre os corolários da distinção entre o bem *não juridicamente subjectivado* da *vida humana ainda não nascida* e o bem *juridicamente subjectivado* da *vida humana já nascida* estaria uma diferença de protecção:

“a protecção da vida humana em gestação não teria de assumir [as] mesmas modalidades que a protecção do direito à vida individualmente subjectivado em cada ser humano já nascido – em cada pessoa”²⁰.

¹⁸ Na actual conformação legislativa, o *primeiro momento* corresponderia às primeiras *dez semanas de gestação* [artigo 142.º, n.º 1, alínea e), do Código Penal].

¹⁹ Na actual conformação legislativa, o *segundo momento* decorreria entre as *dez* e as *doze, dezasseis ou vinte e quatro* semanas de gestação [consoante estivesse em causa uma *indicação terapêutica*, uma *indicação criminológica* ou uma *indicação fetopática* [artigo 142.º, n.º 1, do Código Penal – alíneas b), d) e c), respectivamente].

²⁰ Cf. acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 288/98, de 17 de Abril de 1998, e n.º 617/2006, de 15 de Novembro de 2006.

A *vida humana já nascida* seria protegida por um direito subjectivo – pelo *direito à vida*; a *vida humana ainda não nascida* não seria protegida por nenhum direito subjectivo: “a vida intra-uterina [não] pode[ria] gozar da protecção constitucional do *direito à vida* propriamente dito”. O regime do direito à vida, “como um dos «direitos, liberdades e garantias pessoais»”, não poderia aplicar-se “directamente e de pleno direito” à vida intra-uterina.

Excluindo-se a “protecção constitucional do *direito à vida* propriamente dito”, o bem ou valor *não juridicamente subjectivado* da *vida humana ainda não nascida* estaria sujeito a uma limitação, através do confronto com “valores juridicamente subjectivados na mulher grávida, *com a natureza de direitos fundamentais*”. O bem ou valor *juridicamente subjectivado* da *vida humana já nascida*, esse, não estaria sujeito a limitação alguma.

IV. Luís Carvalho Fernandes propõe-se esclarecer o problema da *personalidade jurídica* dos seres humanos ainda não nascidos, distinguindo “dois planos”: o primeiro relacionar-se com os *fins* – consistiria em averiguar se há um dever ético e, conseqüentemente, um dever jurídico de proteger os seres humanos ainda não nascidos; o segundo relacionar-se-ia com os *meios* – consistiria em averiguar se há um dever ético e, conseqüentemente, um dever jurídico de proteger os seres humanos ainda não nascidos *atribuindo-lhes personalidade jurídica*. Os dois problemas seriam diferentes – “a personificação não [seria] a única vida de tutela jurídica”²¹.

Em relação ao primeiro problema, a resposta seria *afirmativa*. O Estado teria um dever ético e, conseqüentemente, um dever jurídico de proteger os seres humanos ainda não nascidos: “A tutela jurídica da vida do nascituro *stricto sensu*, enquanto ser vivo, não poderia ser questionada”, devendo considerar-se “efectivamente consagrada no sistema jurídico português”, designadamente por causa do texto do artigo 24.º da Constituição da República Portuguesa, “ao afirmar, sem distinções, a inviolabilidade da vida humana”²².

Em relação ao segundo problema, a resposta seria *negativa*. O dever do Estado de proteger os seres humanos ainda não nascidos, ou seja: os nascituros *stricto sensu*, não significaria nenhum dever de os proteger *atribuindo-lhes personalidade jurídica* – nenhum dever de *personificação*²³.

Simplemente, a distinção estrita entre os dois problemas só poderia sustentar-se desde que da *diferença de categorias* entre a vida de uma pessoa (= vida de um ser humano já nascido) e a vida de uma não pessoa (= vida de um ser hu-

²¹ Cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, I, Introdução. Pressupostos da Relação Jurídica*, 4.ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2007, pp. 196-199.

²² Cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil...*, op. cit., p. 197.

²³ Cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil...*, op. cit., pp. 198-199.

mano ainda não nascido) não decorresse nenhuma *diferença de regimes* – desde que a vida de um ser humano não nascido fosse adequadamente protegida através de um *meio* diferente da *personificação*. Os acórdãos do Tribunal Constitucional sugerem que a *diferença de categorias* facilita uma *diferença de regimes* – que a protecção de um ser humano não nascido só pode ser uma protecção adequada desde que o ser humano não nascido seja reconhecido como *pessoa*.

3. Crítica da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o problema do aborto

Os argumentos a favor da distinção categorial entre a vida humana *completa* e a vida humana *incompleta* são de dois tipos – *formais* e *substanciais*. Entre os argumentos formais sobressai o argumento jurídico retirado do artigo 66.º do Código Civil: “A personalidade [jurídica] adquire-se no momento do nascimento completo e com vida”. Entre os argumentos substanciais sobressaem três argumentos éticos ou morais – o argumento das capacidades, o argumento dos interesses e o argumento das relações.

O primeiro argumento diz-nos que o conceito de pessoa pressupõe algumas capacidades – em particular, algumas capacidades cognitivas –, o segundo diz-nos que o conceito de pessoa pressupõe alguns interesses²⁴ e o terceiro, que o conceito de pessoa resulta do reconhecimento em relação²⁵.

O problema está em que os argumentos formais são inadequados e os argumentos substanciais, insuficientes para sustentar a (alegada) distinção categorial entre a vida humana completa e a vida humana incompleta.

I. O artigo 66.º do Código Civil é ou, pelo menos, deve ser absolutamente irrelevante para a resolução do problema: a Constituição é hierarquicamente superior à lei ordinária e o Código Civil é, tão-só, uma lei ordinária.

A interpretação do Código Civil em conformidade com a Constituição é algo de metodologicamente correcto, correspondendo, como corresponde, à interpretação de uma norma hierarquicamente inferior (de uma norma da lei ordinária) em conformidade com uma norma hierarquicamente superior

²⁴ Cf. designadamente RONALD DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, *op. cit.*, p. 377: “Because an early fetus has no interests of its own, any more than a flower does, a fetus cannot be supposed to have rights protecting its interests”.

²⁵ Cf. designadamente AGNIESZKA JAWORSKA e JULIE TANNENBAUM, “The grounds of moral status”, in Edward N. Zalta (coord.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2013 Edition), disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/sum2013/entries/grounds-moral-status/> [10.11.2016].

(a norma da Constituição); a interpretação da Constituição em conformidade com o Código Civil é algo de metodologicamente incorrecto – corresponde à interpretação de uma norma superior (de uma norma da Constituição) em conformidade com uma norma inferior (com a norma da lei ordinária).

Ora o argumento do Tribunal Constitucional de que “o feto (ainda) *não é uma pessoa, um homem*, não podendo por isso ser directamente titular de direitos fundamentais enquanto tais”, é uma interpretação do artigo 24.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa conforme com a lei ordinária (com o artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil). Estando em causa uma interpretação *metodologicamente incorrecta* do artigo 24.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, não pode ou, pelo menos, não deve ser aceite²⁶. – O problema só poderá ser agravado pelo *facto* de a constitucionalidade material do artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil ser hoje coisa controversa²⁷.

II. Michael Tooley²⁸, Peter Singer²⁹ e Helga Kuhse³⁰ e, em 2012, Alberto Giubilini e Francesca Minerva³¹ alegaram que os recém-nascidos não são pessoas para sustentarem a licitude/a não ilicitude do infanticídio.

Os argumentos deduzidos a favor da não ilicitude de um *aborto antes do nascimento* aplicar-se-iam ou deveriam aplicar-se *a pari* ao *aborto depois do nascimento*. Os argumentos deduzidos a favor da não ilicitude da destruição de uma vida humana ainda não nascida aplicar-se-iam ou deveriam aplicar-se *a pari* à destruição de uma vida humana já nascida (ao infanticídio).

O raciocínio contém duas *premissas* incontroversas ou quase incontroversas: (i) em primeiro lugar, a premissa de que *não há diferenças essenciais entre as capacidades de um ser humano antes e depois do nascimento, ou entre os interesses de um ser humano antes e depois do nascimento*³², e, (ii) em segundo

²⁶ Cf. designadamente JÜRGEN HABERMAS, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, The MIT Press, 1996, p. 458: “the only regulations and ways of acting that can claim legitimacy are those to which all who are possibly affected could assent as participants in rational discourses”.

²⁷ Cf. designadamente ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, III, Pessoas*, Coimbra, Livraria Almedina, 2004, pp. 297-301.

²⁸ Cf. MICHAEL TOOLEY, “Abortion and infanticide”, in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 2, 1972, pp. 37-65.

²⁹ Cf. PETER SINGER, *Ética Prática* (título original: *Practical Ethics*), Nápoles, Liguori Editore, 1989, pp. 110-129.

³⁰ Cf. HELGA KUHSE e PETER SINGER, *Should the Baby Live? The Problem of Handicapped Infants*, Oxford, Oxford University Press, 1985.

³¹ Cf. ALBERTO GIUBILINI e FRANCESCA MINERVA, “After-birth abortion: Why should the baby live?”, in *Journal of Medical Ethics*, 2012, disponível em <http://jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full.pdf+html> [11.11.2016].

³² Cf. designadamente PATRICK LEE e ROBERT P. GEORGE, “The wrong of abortion”, in Andrew

lugar, a premissa de que, não havendo diferenças essenciais entre as capacidades ou os interesses do ser humano, antes e depois do nascimento, *não deverá haver diferenças fundamentais entre a protecção do ser humano antes e depois do nascimento.*

Os problemas do aborto e do infanticídio são problemas semelhantes e, por isso, os *critérios de resolução dos problemas* do aborto e do infanticídio devem ser semelhantes. O princípio de que o aborto *antes do nascimento* é (ainda) lícito, por não implicar a causação da morte de uma pessoa, e de que o aborto *depois do nascimento* é (já) ilícito, por implicar a causação da morte de uma pessoa, é um princípio de todo em todo insustentável.

Evitando os argumentos substanciais da capacidade ou dos interesses, o *argumento substancial* decisivo – no caso, o *argumento moral* decisivo — para o reconhecimento de um ser humano como pessoa é (deve ser) argumento da *potencialidade* para alcançar o *estatuto moral pleno*³³.

O ser humano com a *potencialidade* de alcançar o estatuto moral pleno, desenvolvendo as suas capacidades e/ou os seus interesses, deve ser reconhecido como pessoa; o ser humano sem a *potencialidade* para alcançar o estatuto moral pleno – por se tratar, p. ex., de um feto inviável –, não deverá sê-lo (não terá de o ser). O artigo 24.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa protege a vida de cada ser humano *sempre* por causa da *potencialidade* de cada ser humano para se tornar uma *pessoa*.

O Tribunal Constitucional distingue entre a vida humana como bem juridicamente *subjectivado* e a vida humana como bem juridicamente *não subjectivado*. Ora o bem jurídico *vida humana* é sempre o bem da vida de uma pessoa, de um sujeito — pode pensar-se que é a vida de um *sujeito actual* ou pode pensar-se que é a vida de um *sujeito potencial*; só não pode pensar-se que não é a vida de pessoa nenhuma, de sujeito nenhum. Se a *vida humana não nascida* não fosse a vida de nenhuma pessoa – se não fosse a vida de nenhum sujeito –, não seria sequer um bem jurídico.

Em termos éticos e morais, o *acidente* do nascimento é (quase?) irrelevante. “Éticamente, o embrião é uma pessoa”³⁴. Leite de Campos diz que “um

I. Cohen e Christopher Heath Wellman (coords.), *Contemporary Debates in Applied Ethics*, Londres, Blackwell, 2004, pp. 13-16.

³³ Cf. declaração de voto do Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa no acórdão do Tribunal Constitucional n.º 25/84, de 19 de Março de 1984: “[a norma do artigo 24.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa] protege não apenas a vida «já nascida», mas também a vida «por nascer» – a vida intra-uterina. E protege-as [ao] mesmo título, já que da mesma vida se trata: daquela que se abre a cada homem para a realização de um projecto e de um destino únicos e irrepetíveis, mas cuja potencialidade singular já se encontra inteira no próprio embrião”.

³⁴ Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil: Teoria Geral, I, Introdução. As Pessoas. Os Bens*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 54.

recém-nascido nada mais é que um nascituro que mudou de lugar”³⁵; Pais de Vasconcelos explica que deve distinguir-se o plano biológico e o plano sociológico (chamando-lhe “plano relacional”), para concluir que, no plano biológico, “o nascimento tem relativamente pouca importância”³⁶.

A *irrelevância* ética do *facto* do nascimento implica a sua *irrelevância jurídica* – as distinções entre as *fases* ou os *estádios* de protecção da pessoa humana carecem de uma adequada justificação ética e moral. Como a ética ou a moral não podem proporcionar nenhuma justificação adequada para a distinção entre a vida humana nascida e a vida humana não nascida³⁷, o direito – p. ex., o direito constitucional – não deverá distingui-las.

III. O argumento da potencialidade significa que o Estado tem o dever de proteger a vida antes e depois do nascimento. Os princípios e as regras de direito devem tratar com justiça as duas pessoas envolvidas³⁸.

O Estado deve (pelo menos) determinar um procedimento adequado para que a decisão da pessoa corresponda, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, a um resultado conforme aos bens e aos valores fundamentais³⁹. O termo *resultado conforme aos bens e aos valores fundamentais* significa – *resultado que exprima um adequado reconhecimento e um adequado respeito por todos os valores em conflito* (designadamente, pelo valor da vida humana ainda não nascida).

O *regime trifásico* do actual artigo 142.º, n.º 1, do Código Penal deverá aceitar-se, e só *deverá aceitar-se*, desde que as modalidades de protecção do bem jurídico *vida humana* alternativas à *criminalização* adoptadas no *primeiro* e no *segundo* momentos sejam modalidades de protecção *adequadas*.

O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 617/2006, de 15 de Novembro de 2006⁴⁰, e o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, de 23 de Fevereiro de 2010⁴¹, representam como “particularmente importante” a *intervenção* dos poderes políticos e sociais para que a afirmação da licitude ou, pelo menos, da negação da ilicitude do aborto possa representar-se como uma solução cons-

³⁵ Cf. DIOGO LEITE DE CAMPOS, “O estatuto jurídico do nascituro”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 56, 1996, pp. 877-886 (884).

³⁶ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, pp. 79-80.

³⁷ Como diz Pedro Pais de Vasconcelos, “a personalidade jurídica das pessoas humanas [está] fora do domínio da lei”. Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, p. 80.

³⁸ Cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Interesses experienciais e interesses críticos: Os casos do aborto e da eutanásia em *Life’s Dominion* e em *Justice for Hedgehogs*” (em curso de publicação).

³⁹ Cf. ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3.ª ed., Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1996, p. 431.

⁴⁰ In *Diário da República*, 2.ª série, de 20 de Novembro de 2006, pp. 7970 (2) a (29).

⁴¹ In *Diário da República*, 2.ª série, de 26 de Março de 2010, pp. 15566-15605.

titudinalmente sustentável. O Estado deveria conformar o procedimento do aborto em termos de “assegurar que a mulher tomou a sua decisão de forma livre, informada e não precipitada”. Entre os corolários do dever de conformar o procedimento em termos de “assegurar que a mulher [grávida] tomou a sua decisão de forma livre, informada e não precipitada” estariam, p. ex., o dever de esclarecimento e o período de reflexão.

Em primeiro lugar, o Estado teria o dever de conformar o procedimento em termos de proporcionar à mulher grávida esclarecimentos ou informações adequados sobre o significado do aborto. Em segundo lugar, o dever de conformar o procedimento em termos de proporcionar à mulher grávida esclarecimentos ou informações adequados sobre os “apoios sociais de que poderia beneficiar no caso de levar a termo a gravidez”. Em terceiro lugar, teria dever de fixar à mulher grávida um *período de reflexão*⁴².

IV. O problema estará em determinar se uma informação “neutral quanto à finalidade” é suficiente para que o procedimento seja conforme aos bens e aos valores fundamentais.

O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 75/2010, de 23 de Fevereiro de 2010, alega que sim. O juízo sobre a adequação do procedimento deveria “atender à estruturação objectiva da interacção comunicativa a estabelecer com a grávida e à resultante intelecção, por esta, do seu significado”. Ora “o complexo de elementos informativos a disponibilizar à grávida, numa consulta de carácter obrigatório, organizativamente integrada num complexo de trâmites prévios e sucessivos, tem como efeito objectivo a sua consciencialização do valor da vida que transporta em si (ou, pelo menos, resulta ser visto pela própria como uma tentativa nesse sentido)”⁴³. Ou seja: a informação “neutral quanto à finalidade” teria (deveria ter) um resultado não neutral: “o favorecimento da decisão de prosseguir a gravidez”⁴⁴. O raciocínio causa (tem de causar) reservas. A alegação de que uma informação “neutral quanto à finalidade” tem (sempre) um resultado não neutral deveria ser demonstrada; ainda que fosse demonstrada, poderia (e deveria) perguntar-se:

Entendendo-se – como entende o Tribunal Constitucional – que a informação “neutral quanto à finalidade” é um meio para atingir um fim (resultado não neutral), haverá uma relação de adequação entre o meio e o fim? O meio “informação neutral” poderá representar-se como um meio adequado (minimamente adequado) para atingir o fim “resultado não neutral”, como resultado favorável ao valor da vida (não nascida)?

⁴² Cf. *Diário da República*, 2.ª série, de 20 de Novembro de 2006, pp. 7970 (12) e (13).

⁴³ Cf. *Diário da República*, 2.ª série, de 26 de Março de 2010, p. 15584.

⁴⁴ Cf. *Diário da República*, 2.ª série, de 26 de Março de 2010, p. 15584.

4. Conclusão. A protecção do bem jurídico *vida humana (ainda) não nascida* como protecção de um bem jurídico *subjectivado*

Independentemente de qualquer *regime trifásico*, o Estado tem o dever de proteger o bem jurídico *vida humana não nascida* como um bem jurídico *subjectivado*. O texto do artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil tem “demasiadas anomalias”⁴⁵. O artigo 24.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa exige que o ser humano ainda não nascido ou, pelo menos, o ser humano com a *potencialidade* de alcançar um *estatuto moral pleno* tenha *personalidade jurídica* desde a concepção ou, pelo menos, desde a implantação do pré-embrião no útero⁴⁶. O princípio de que proteger o embrião “como uma coisa fora do comércio jurídico ou como um *tertium genus*, intermédio entre coisa e ser humano, [é solução contrária] à dignidade da pessoa humana e aos valores humanistas da nossa civilização”⁴⁷ deve aceitar-se como princípio incontestavelmente correcto. O sistema de princípios e de regras constitucionais exige uma (pelo menos uma) distinção categorial – a distinção entre pessoa e não pessoa (entre pessoa e coisa) –, excluindo toda e qualquer “coisificação”, ainda que parcial, da pessoa⁴⁸.

I. Rabindranath Capelo de Sousa extrai do confronto entre o texto do artigo 66.º, n.º 1, e o texto do artigo 70.º, n.º 1, do Código Civil a conclusão de que não é necessário corrigir o artigo 66.º, n.º 1, para proporcionar ao indivíduo ainda não nascido a protecção do artigo 70.º, n.º 1. O artigo 66.º, n.º 1, fala em *peçoas*; o artigo 70.º, n.º 1, fala em *indivíduos*. Os dois conceitos seriam diferentes: não sendo *peçoas* (em sentido jurídico), os seres humanos (concebidos) ainda não nascidos seriam *indivíduos*. “[O]s concebidos são [seres] vivos humanos intra-uterinos dotados de uma estrutura e dinâmica próprias e, como tais, são «indivíduos» dotados de uma naturalística «personalidade físico-moral»”⁴⁹. O artigo 70.º, n.º 1, poderia aplicar-se directamente aos indivíduos ainda não

⁴⁵ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, *op. cit.*, p. 299.

⁴⁶ Cf. DIOGO LEITE DE CAMPOS e STELA BARBAS, “O início da pessoa humana e da pessoa jurídica”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, 2001, pp. 1257-1268 (1268): “a vida humana, a pessoa humana e a personalidade jurídica come[em] com a concepção”.

⁴⁷ Como afirma MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Breves reflexões sobre a evolução do estatuto da criança e a tutela do nascituro”, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁸ Luís Carvalho Fernandes diz, de uma forma impressiva, que “a reconhecer [...] personalidade [ao nascituro *stricto sensu*], esta seria plena e não parcial, pois, estando em causa uma pura qualidade jurídica, não admitimos que ela comporte graus ou limitações”. Cf. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil...*, *op. cit.*, p. 198.

⁴⁹ Cf. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 269.

nascidos; se não pudesse aplicar-se-lhes *directamente*, sempre poderia aplicar-se-lhes *indirectamente* (sempre poderia aplicar-se-lhes por analogia):

“a *ratio legis* do art. 70.º vale[ria] para os concebidos, porque também carentes de uma protecção geral contra ofensas à sua personalidade”⁵⁰.

Em termos práticos, a diferença entre tratar os seres humanos ainda não nascidos como *indivíduos-que-ainda-não-são-pessoas* ou como *indivíduos-que-já-são-pessoas* não seria nenhuma, ou quase nenhuma. Os *indivíduos-que-ainda-não-são-pessoas* careceriam de uma *protecção geral* (tendencialmente, de uma *protecção plena*) da sua *personalidade* – e o direito civil deveria proporcionar-lhes essa *protecção geral* (essa *protecção plena*). Como, em termos práticos, a diferença entre as duas construções não é nenhuma, ou não é quase nenhuma, o problema relaciona-se, essencial ou exclusivamente, com a *função declarativa* ou com a *função expressiva* do direito⁵¹. Entre as duas formas de *declarar* ou de *expressar* que a vida humana (não nascida) é um *bem fundamental*, deverá preferir-se aquela que diz que o *bem fundamental* é a vida de um *indivíduo* ou a vida de uma *pessoa*?

O facto de o termo *pessoa* ter uma precisa significação ética e moral, relacionada como o reconhecimento e (sobretudo?) com o respeito de uma singular *dignidade*, depõe em favor do primeiro termo da alternativa.

II. Como o texto do artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil tem “demasiadas anomalias”, pode e deve corrigir-se: em primeiro lugar, pode corrigir-se de forma menos discreta, através da *alteração* do texto do artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil; em segundo lugar, ainda que o texto do artigo 66.º, n.º 1, não seja alterado, deve corrigir-se de forma mais discreta, através da *interpretação*.

Carneiro da Frada propôs uma interpretação correctiva do artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil, reconstruindo-o como critério de atribuição / distribuição do ónus da prova: antes do nascimento (completo e com vida), seria necessário provar que uma nova pessoa foi concebida; depois do nascimento, não:

“com o nascimento, a existência de uma vida humana e, assim, de uma pessoa torna-se evidente”⁵².

⁵⁰ Cf. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., p. 269.

⁵¹ Cf. HUBERT ROTTLEUNER (com a colaboração de Mathias Malmann), “Foundations of Law”, in Enrico Pattaro (org.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, Dordrecht/Berlim/Heidelberg/Nova Iorque, Springer, 2005, pp. 27-30.

⁵² Cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A própria vida como dano? Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite”, in Diogo Leite de Campos e Silmara Chinellato (coords.), *Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 259-294 (262).

Interpretado correctivamente o artigo 66.º, n.º 1, do Código Civil, deveria ficar (ainda) mais claro que a distinção categorial entre a vida humana *nascida e não nascida* é uma distinção de todo em todo arbitraria. “O nascituro tem [substância] humana desde a concepção”⁵³: entendendo-se, como deve entender-se, que a *personalidade jurídica* é (tão-só) a “tradução forçosa, no mundo jurídico, da realidade da pessoa”⁵⁴, a substância humana significa (só pode significar) a personalidade humana. O ser humano ainda não nascido pode ser uma pessoa em sentido jurídico – e, como pessoa em sentido jurídico, pode ter direitos, entre os quais estará o direito à vida⁵⁵.

Capelo de Sousa alega que deve proteger-se os bens jurídicos “vida”, “integridade física” e “integridade moral” contra *acções e omissões* ilícitas⁵⁶; concordando com Capelo de Sousa, Maria Clara Sottomayor sustenta que a pessoa ainda não nascida seja reconhecida e respeitada como “titular de um núcleo de direitos pessoais decorrentes da sua situação específica”, entre os quais estariam “o direito ao desenvolvimento”, completado pela autora como “[direito] a realizar as suas potencialidades”, “o direito à integridade física”, de que se autonomizaria⁵⁷ “o direito à saúde”, “o direito à identidade genética”, “o direito a nascer” e o “direito a trazer a sua diferença ao mundo”⁵⁸.

O “catálogo” causa-nos tão-só duas hesitações. Em primeiro lugar, perguntar-se-á: o “direito a nascer” deverá suceder ao “direito ao desenvolvimento” e sobre o “direito à identidade genética”? Em segundo lugar, perguntar-se-á: desde que se admita um “direito a nascer”, um “direito à identidade genética” e um “direito a realizar as suas potencialidades”, deverá autonomizar-se (fará sentido autonomizar-se) um “direito de trazer a sua diferença ao mundo”?

Excluídas as divergências *periféricas* entre os direitos especiais da pessoa ainda não nascida, há uma convergência *nuclear*: Estando em causa os *bens fundamentais* da pessoa, as distinções categoriais sem adequada fundamentação/justificação ética e *moral* são insustentáveis⁵⁹.

⁵³ Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, p. 79.

⁵⁴ Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil: Teoria Geral...*, *op. cit.*, pp. 54-55.

⁵⁵ Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português...*, *op. cit.*, p. 306.

⁵⁶ Cf. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, pp. 271-274.

⁵⁷ Porventura, por causa das suas dimensões positivas.

⁵⁸ Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Breves reflexões sobre a evolução do estatuto da criança e a tutela do nascituro”, *op. cit.*, pp. 192-193.

⁵⁹ Sugerindo o aditamento de um n.º 1 ao artigo 71.º do Código Civil, por que se dissesse que a lei protege a pessoa humana desde o começo da sua vida (desde a concepção), cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Direitos de personalidade: Contributo para a revisão das disposições do Código Civil português”, in *Themis*, 2008, pp. 209-227.

DIREITOS HUMANOS E DIFERENÇA CULTURAL NA PRÁTICA DOS TRIBUNAIS

Patrícia Jerónimo¹

A relação entre direitos humanos e diferença cultural ocupa, há mais de meio século, um lugar proeminente no campo da investigação em direitos humanos. Isso deve-se, em primeiro lugar, aos debates mantidos entre universalistas e relativistas – praticamente desde a adoção, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem – a respeito da pretendida universalidade dos padrões internacionais de direitos humanos². Deve-se também, em segundo lugar, às polémicas alimentadas, a partir da década de 1970, pelas reivindicações multiculturalistas de reconhecimento da importância da cultura e de direitos para as minorias³. Aqueles debates encontram-se hoje num estágio de relativa acalmia, fruto de algumas concessões importantes de parte a parte⁴ e da manifesta universalização do *discurso* dos direitos humanos, um discurso que encontramos não apenas nos instrumentos regionais adotados no quadro da Liga Árabe e da União Africana, mas também na retórica de grupos políticos notabilizados,

¹ Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho e Diretora do Mestrado em Direitos Humanos.

² Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações: Proposta de Análise a Partir do Confronto dos Modelos Ocidental e Islâmico*, Coimbra, Almedina, 2001.

³ Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direito Público e Ciências Sociais: O contributo da Antropologia para uma densificação «culturalista» dos direitos fundamentais”, in *Scientia Iuridica*, tomo LX, n.º 326, 2011, pp. 345-383.

⁴ Seja pelo reconhecimento da relativa universalidade dos padrões internacionais de direitos humanos, seja pela busca de padrões de direitos humanos com legitimidade intercultural (*cross-cultural universals*). Cf. JACK DONNELLY, “The relative universality of human rights”, in *Human Rights Quarterly*, vol. 29, n.º 2, 2007, pp. 281-306; ABDULLAHI AHMED AN-NA’IM (ed.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*, Filadélfia, University of Pennsylvania Press, 1992.

nas décadas de 1980 e 1990, pela sua oposição ao que reputa(va)m de arma de arremesso do imperialismo ocidental⁵. Quanto às reivindicações multiculturalistas, estas têm vindo a ser em larga medida silenciadas, atento o opróbrio a que foi votado o multiculturalismo nos últimos anos⁶, mas continuam a poder entrever-se nos debates em curso sobre imigração, integração, cidadania e coesão social nas sociedades pluriculturais contemporâneas. Aliás, como observa Will Kymlicka, a rejeição do multiculturalismo enquanto modelo de gestão da diferença, no plano dos princípios, não obsta a que, na prática, os Estados democráticos ocidentais continuem a adotar políticas multiculturalistas, ainda que sob outras designações, como se passa com a valorização da diversidade cultural nos *curricula* e manuais escolares, com o apoio estadual a iniciativas promovidas por organizações/grupos étnicos ou com a aceitação da dupla cidadania⁷. De resto, os recentes “regressos à nação” andam de par com a assunção, por parte dos Estados, de compromissos internacionais dirigidos ao respeito e proteção da diversidade das expressões culturais presentes nos respetivos territórios⁸.

Também ao nível da prática judicial é possível observar a persistência de argumentos culturalistas, se considerarmos a crescente frequência com que são invocadas razões culturais em juízo e a atenção dispensada, nos últimos anos, às necessidades de formação dos operadores judiciais (juizes, delegados do Ministério Público, advogados, funcionários judiciais) para a comunicação intercultural⁹. Alguns dos debates académicos mais interessantes da última década

⁵ Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “O discurso dos direitos humanos no contexto da Primavera Árabe”, in Patrícia Jerónimo (org.), *A Primavera Árabe e o Uso da Força nas Relações Internacionais*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 130-137.

⁶ Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “Cidadania e reconstrução da identidade cultural em contextos multiculturais”, in *Interações*, n.º 36, 2015, pp. 12-14; IDEM, “Interculturalidade e pluralismo jurídico: A emergência de ordens jurídicas minoritárias na Europa e a tutela dos direitos fundamentais”, in Alexandre Walmott Borges e Saulo de Oliveira Pinto Coelho (coords.), *Interconstitucionalidade e Interdisciplinaridade: Desafios, Âmbitos e Níveis de Interação no Mundo Global*, vol. 1, Uberlândia, LAECC, 2015, pp. 334-339.

⁷ Cf. WILL KYMLICKA, *Multiculturalism: Success, Failure, and the Future*, Washington DC, Migration Policy Institute, 2012, pp. 7-8 e 14-15.

⁸ Considere-se a Convenção da UNESCO sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, de 2005, aprovada para ratificação por Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 10-A/2007, de 16 de março.

⁹ Parece ser incontroverso que a formação jurídica de base oferecida nas universidades europeias – centrada como está no conhecimento dos quadros normativos estaduais – não prepara os operadores judiciais para a comunicação intercultural e para a interpretação de argumentos e normas originários de ordens jurídicas estrangeiras e de ordens normativas diferentes do Direito. Considere-se, a este respeito, as recomendações contidas em AAVV, *Summary Report on the RELIGARE Project*, 2013, p. 22, texto disponível em http://www.religareproject.eu/system/files/RELIGARE-%20Summary%20Report_0.pdf [07.03.2016]. Em alguns Estados europeus, como a Alemanha, os centros de formação de magistrados já ministram cursos breves destinados a promover a sensibilidade cultural dos juizes, mas – diz-nos Mathias Rohe – muito mais poderia ser

têm como objeto precisamente o modo como os tribunais lidam com a diferença cultural, sobretudo a diferença trazida para as sociedades ocidentais pela imigração de grande escala ocorrida no pós-segunda grande guerra¹⁰. Pense-se, por exemplo, nas discussões mantidas a respeito da “jurisprudência multicultural” e da *cultural defense*¹¹ ou a respeito da incorporação de institutos jurídicos islâmicos na jurisprudência de tribunais estaduais, por via da operação de normas de Direito Internacional Privado ou da interpretação de normas da *lex forum* relativas a direitos fundamentais¹². Fatores culturais têm sido invocados nos mais variados tipos de disputas judiciais, incluindo questões laborais (horário de trabalho, vestuário), penais (homicídio, abuso sexual de criança, rapto), cíveis (casamento, divórcio, regulação do poder paternal, responsabilidade civil) e administrativas (exumação de cadáver, concessão de asilo)¹³.

Como observam Roger Ballard *et al.*, a diferença cultural – e o pluralismo jurídico que frequentemente lhe anda associado – confronta os tribunais com problemas, exigências e argumentos novos, o que os obriga a interpretar os quadros normativos existentes com novos olhos, questionando/revendo princípios estruturantes das ordens jurídicas ocidentais como a igualdade perante a lei e a separação entre Direito e religião¹⁴. Os estudos feitos até ao momento dão conta

feito neste domínio. Cf. MATHIAS ROHE, “Alternative dispute resolution in Europe under the auspices of religious norms”, RELIGARE Working Paper n.º 6, 2011, pp. 4 e 9. O mesmo se passa em Portugal, com o Centro de Estudos Judiciários, que inclui nos seus programas de formação contínua sessões destinadas a promover a sensibilidade de juizes e delegados do Ministério Público na sua interação com as comunidades ciganas. No Reino Unido, o Judicial College, que supervisiona a formação dos juizes, publica periodicamente um manual de boas práticas intitulado *Equal Treatment Bench Book*, onde é possível encontrar informações sobre diferentes crenças e práticas religiosas (desde a fé Bahá’i até ao Zoroastrismo) e indicações sobre a arte de julgar (*judgecraft*), incluindo a necessidade de os juizes estarem bem informados sobre as culturas, as crenças e as desvantagens alheias e bem cientes dos preconceitos próprios. A edição mais recente do *Equal Treatment Bench Book*, de 2013, revista em 2015 (com a adição de secções sobre hinduísmo e secularismo), pode ser consultada em <https://www.judiciary.gov.uk/publications/equal-treatment-bench-book/> [15.05.2016].

¹⁰ Cf. ROGER BALLARD *et al.*, “Legal practice and cultural diversity: Introduction”, in Ralph Grillo *et al.* (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, reimpr., Farnham, Ashgate, 2011, p. 1.

¹¹ Cf. MARIE-CLAIRE FOBLETS e ALISON DUNDES RENTELN (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2009.

¹² Cf. ANDREA BÜCHLER, *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and Its Limits in European Family Laws*, Farnham, Ashgate, 2011; ELISA GIUNCHI (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Londres, Routledge, 2014; PATRÍCIA JERÓNIMO, “Intolerância, integração e acomodação jurídica das minorias islâmicas na Europa: Os desafios postos à prática judicial”, in Paulo Pulido Adragão (org.), *Atas do II Colóquio Luso-Italiano sobre Liberdade Religiosa* (no prelo).

¹³ Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “Making room for culture in the court”, in *The Judges’ Journal*, vol. 49, n.º 2, 2010.

¹⁴ Cf. ROGER BALLARD *et al.*, “Cultural diversity: Challenge and accommodation”, in Ralph Grillo *et al.* (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, reimpr., Farnham, Ashgate, 2011, pp. 10-11.

de uma jurisprudência algo errática, oscilante entre leituras formalistas e leituras substantivas do princípio da igualdade, com grandes variações entre ordens jurídicas, mas também dentro de uma mesma ordem jurídica. Os direitos humanos figuram aqui, não raro, como uma “arma paradoxal” – para continuarmos a acompanhar Ballard *et al.* –, na medida em que tanto são invocados para justificar a admissibilidade da informação cultural em juízo e a sua relevância para a decisão final, como para rejeitar liminarmente uma tal possibilidade¹⁵.

Neste texto, em que pretendemos sobretudo fazer um breve ponto de situação do estado da arte, começaremos precisamente por procurar traçar a relação entre direitos humanos e cultura (1), para depois nos determos sucessivamente nas questões da admissibilidade de informação cultural em juízo (2) e da relevância a atribuir à informação cultural nas tomadas de decisão pelos tribunais (3), finalizando com a análise e discussão de alguns exemplos concretos (4).

1. Direitos humanos e cultura

Como já tivemos oportunidade de observar noutra sede¹⁶, convocando as lições da Antropologia, o ser humano é um ser *situado*, que se vê e compreende pelos olhos que lhe são dados pelo quadro de referentes culturais em que cresce e vive¹⁷, ao ponto de mesmo as mais elementares entre as necessidades comumente sentidas pelos seres humanos conhecerem variações consoante os universos significativos por eles habitados¹⁸. É pela inserção numa comunidade, pela aprendizagem do seu idioma e pela participação na vida coletiva, que o ser humano forma a sua personalidade e ganha humanidade¹⁹. É desta pertença que resulta a consciência que o ser humano tem de si próprio, do seu lugar no mundo e do seu relacionamento com os outros. É em diálogo com os outros, no quadro de formas de vida intersubjectivamente partilhadas²⁰, que os indivíduos definem

¹⁵ Cf. ROGER BALLARD *et al.*, “Legal practice and cultural diversity: Introduction”, *op. cit.*, pp. 6-7.

¹⁶ Esta secção reproduz, em larga medida, as considerações tecidas no nosso artigo “Direito Público e Ciências Sociais: O contributo da Antropologia para uma densificação «culturalista» dos direitos fundamentais”, citado *supra*, na nota n.º 3.

¹⁷ Cf. RUTH BENEDICT, *El Hombre y la Cultura*, Barcelona, Edhasa, 1989, p. 15.

¹⁸ Porque as pessoas não se limitam a ter necessidades, têm ideias sobre essas necessidades. Cf. MICHAEL WALZER, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, Oxford, Blackwell, 1994, pp. 65-66.

¹⁹ Cf. ALAN J. M. MILNE, *Human Rights and Human Diversity: An Essay in the Philosophy of Human Rights*, Albany, State University of New York Press, 1986, p. 4.

²⁰ Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur Politischen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1996, trad. ing. de Ciaran Cronin, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, Cambridge, The MIT Press, 1998, p. 139.

a sua identidade²¹. Ainda que possamos falar de uma natureza humana, não podemos pretender que ela se realiza numa qualquer humanidade abstrata. O ser humano realiza a sua natureza no seio de culturas²².

O reconhecimento da importância da cultura para a conformação das identidades individuais e coletivas não tem, no entanto, que implicar um qualquer fatalismo cultural. As culturas são dinâmicas²³, admitem contradições internas e influências externas e evoluem sob o impacto da contestação que lhes é movida pelos seus membros. Sendo natural que as pessoas prefiram os valores culturais que lhes são transmitidos nos seus primeiros anos de vida, por norma no seio da família, isso não significa que elas sejam cativas desses valores, que não possam questioná-los e combatê-los, que não possam, por opção ou necessidade, adotar valores culturais alheios. O cosmopolitismo e o hibridismo cultural²⁴ das nossas sociedades atestam isso mesmo.

Ainda assim, a cultura em que crescemos tem grande influência sobre aquilo que somos e sobre o modo como pensamos o nosso lugar no mundo. Podemos viajar, aprender línguas estrangeiras, integrar-nos em sociedades diferentes da do nosso país de origem, e, no entanto, continuar a observar e a valorar o que nos rodeia por referência às lições que aprendemos com os nossos pais e avós. Como explica Rainer Bauböck, a socialização primária levada a cabo junto da família dificilmente é desfeita pela adaptação dos indivíduos a padrões culturais alheios²⁵. Essa adaptação, exigida pelos Estados ocidentais aos seus imigrantes, é, sem dúvida, possível, mas não é conseguida sem sacrifício²⁶ e depende, em boa medida, da abertura manifestada pelas sociedades de acolhimento²⁷. De qualquer modo, mesmo onde os obstáculos à integração sejam menores, é de prever que os indivíduos desejem preservar alguns dos seus traços culturais

²¹ Identidade entendida como aquilo que nós somos, de onde nós provimos, o ambiente no qual os nossos gostos, desejos, opiniões e aspirações fazem sentido. Cf. CHARLES TAYLOR, “A política de reconhecimento”, in Charles Taylor *et al.*, *Multiculturalism*, Princeton, Princeton University Press, 1994, trad. port. de Marta Machado, *Multiculturalismo*, Lisboa, Instituto Piaget, 1998, pp. 52-54.

²² Cf. ALAN J. M. MILNE, *Human Rights and Human Diversity...*, *op. cit.*, p. 4; RHODA E. HOWARD, *Human Rights and the Search for Community*, Colorado, Westview Press, 1995, p. 15.

²³ Cf. RHODA E. HOWARD, *Human Rights and the Search for Community*, *op. cit.*, p. 59.

²⁴ Cf. DOMINIC MCGOLDRICK, “Multiculturalism and its discontents”, in *Human Rights Law Review*, vol. 5, n.º 1, p. 31.

²⁵ Cf. RAINER BAUBÖCK, “Social and cultural integration in civil society”, RUSEL Working Paper n.º 23, 1996, disponível em <http://socialsciences.exeter.ac.uk/politics/research/rusel/rusel23.pdf> [26.01.2011].

²⁶ Cf. WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, 5.ª reimpr., Oxford, Clarendon Press, 2003, p. 85.

²⁷ Cf. RAINER BAUBÖCK, “Social and cultural integration in civil society”, *op. cit.*

específicos²⁸. Os meios de comunicação e de transporte hoje disponíveis permitem, aliás, que a maioria dos imigrantes viva de modo transnacional, mantendo simultaneamente redes familiares, sociais e profissionais nos países de residência, nos países de origem e junto de diásporas internacionais um pouco por todo o mundo²⁹, o que potencia simultaneamente a formação de identidades híbridas e a manutenção de referentes culturais próprios.

Dir-se-á que, em Estados de Direito comprometidos com o respeito pela dignidade da pessoa humana, uma cabal proteção dos indivíduos requer que protejamos também os contextos culturais em que estes alicerçam a sua identidade, garantindo-lhes o acesso a relações interpessoais, redes sociais e formas de vida cultural próprias³⁰. É possível encontrar ecos desta ideia em alguns instrumentos internacionais de direitos humanos, ainda que estes não nos autorizem propriamente a falar num incontroverso “direito à cultura”, como veremos. O artigo 27.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966³¹, que continua a ser a única norma de carácter jurídico vinculativo com alcance global sobre esta matéria, estatui que, “[n]os Estados em que existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não devem ser privadas do direito de ter, em comum com os outros membros do seu grupo, a sua própria vida cultural, de professar e de praticar a sua própria religião ou de empregar a sua própria língua”. No contexto europeu, o artigo 5.º, n.º 1, da Convenção Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais, adotada no âmbito do Conselho da Europa, em 1995³², impõe aos Estados Parte que promovam “as condições adequadas a permitir às pessoas pertencentes a minorias nacionais a conservação e o desenvolvimento da sua cultura, bem como a preservação dos elementos essenciais da sua identidade, que são a sua religião, a sua língua, as suas tradições e o seu património cultural”.

Um e outro preceitos ficam aquém do reconhecimento explícito de um “direito à cultura”³³, o que não surpreende se tivermos presente a habitual relu-

²⁸ Cf. WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, *op. cit.*, pp. 85-86.

²⁹ Cf. ROGER BALLARD *et al.*, “Cultural diversity: Challenge and accommodation”, *op. cit.*, p. 9; J. BOWEN, “Multiple adaptations: Islam in three worlds”, in AAVV, *Islam & Europe: Challenges and Opportunities*, Leuven, Leuven University Press, 2008, pp. 22-23.

³⁰ “Hence, also from a legal point of view, individual persons can be protected only by *simultaneously* protecting the context in which their formation processes unfold, that is, only by assuring themselves access to supportive interpersonal relations, social networks, and cultural forms of life”. Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen...*, *op. cit.*, p. 139 (itálico no original).

³¹ Aprovado para ratificação por Portugal pela Lei n.º 29/78, de 12 de junho.

³² Aprovada para ratificação por Portugal pela Resolução da Assembleia da República n.º 42/2001, de 25 de junho.

³³ Ainda que o artigo 5.º, n.º 1, surja, na Convenção Quadro, ao lado de preceitos que reconhecem explicitamente direitos subjetivos. É o que se passa com o artigo 3.º, n.º 1, nos termos do qual

tância com que os Estados encaram a assunção de compromissos internacionais em matéria de proteção de direitos das minorias³⁴. A formulação enviesada do artigo 27.º do Pacto foi objeto de críticas nos meios académicos³⁵ e suscitou dúvidas aos Estados Parte, que, nas suas comunicações e relatórios ao Comité dos Direitos do Homem das Nações Unidas, revelaram estar a interpretar o artigo 27.º como mero correlato de outras disposições do Pacto, incluindo o artigo 1.º, onde se consagra o direito dos povos à autodeterminação, e o artigo 26.º, onde se consagra o direito à igualdade perante a lei. No seu Comentário Geral n.º 23, de 1994, sobre os “os direitos das minorias”, o Comité afirmou considerar que o artigo 27.º estabelece e reconhece um direito distinto dos demais direitos consagrados no Pacto e que este direito se soma aos direitos que o Pacto reconhece aos indivíduos pertencentes a grupos minoritários enquanto seres humanos³⁶. Esta posição do Comité é interpretada por alguns autores como significando o reconhecimento de um “direito à cultura”³⁷, mas não nos parece que este otimis-

“[q]ualquer pessoa pertencente a uma minoria nacional tem o direito de escolher livremente ser, ou não, tratada nessa qualidade, nenhum prejuízo podendo resultar dessa escolha ou do exercício dos direitos que dela decorram”. E com o artigo 3.º, n.º 2, segundo o qual “[a]s pessoas pertencentes a minorias nacionais podem exercer, individualmente ou em comum com outras, os direitos e as liberdades decorrentes dos princípios enunciados na presente Convenção Quadro”.

³⁴ Uma relutância sobejamente demonstrada pelas reservas e declarações interpretativas apostas aos instrumentos de ratificação do Pacto e da Convenção Quadro, a respeito da definição de *minority*, bem como pela oposição dos Estados membros do Conselho da Europa à adoção de um instrumento sobre direitos das minorias sob a forma de protocolo adicional à Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direitos das minorias”, in Jorge Bacelar Gouveia (dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º suplemento, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 379-380; IDEM, “Direito Público e Ciências Sociais...”, *op. cit.*, pp. 352-353; IDEM, “Minorias”, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (coords.), *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*, Lisboa, Quid Juris, 2013, pp. 247-248.

³⁵ Cf. PATRICK THORNBERRY, “International and European standards on minority rights”, in Hugh Miall (ed.), *Minority Rights in Europe: The Scope for a Transnational Regime*, Londres, Pinter Publishers, 1994. Formulação direta – mas sem força jurídica vinculativa – foi a adotada pela Declaração da Assembleia-Geral das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas, de 1992, em cujo artigo 2.º, n.º 1, pode ler-se: “Persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities [have] the right to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion, and to use their own language, in private and in public, freely and without interference or any form of discrimination”. *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, A/RES/47/135, de 18 de dezembro de 1992, disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/47/a47r135.htm> [11.11.2016].

³⁶ “The Committee observes that this article establishes and recognizes a right which is conferred on individuals belonging to minority groups and which is distinct from, and additional to, all the other rights which, as individuals in common with everyone else, they are already entitled to enjoy under the Covenant”. *General Comment n.º 23: The rights of minorities (Art. 27)*, de 8 de abril de 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, disponível em <http://www.refworld.org/docid/453883fc0.html> [11.11.2016].

³⁷ Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, in Marie-Claire

mo seja inteiramente justificado, atento o carácter não vinculativo das pronúncias do Comité e das conhecidas reservas dos Estados ao reconhecimento de direitos às minorias. Dificilmente o artigo 27.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos pode sustentar, só por si, um direito individual a viver de acordo com a respetiva identidade cultural minoritária ou, como pretende Alison Dundes Renteln, a fazer valer argumentos culturais em tribunal³⁸.

Seja como for, não é indispensável o reconhecimento explícito de um direito à cultura – ou de “direitos de diferença” – para proteger o interesse dos indivíduos pertencentes a minorias étnicas, religiosas ou linguísticas em “ter a sua própria vida cultural”, ainda que uma tal explicitação fosse certamente benéfica de um ponto de vista da segurança jurídica. A proteção daquele interesse é possível mediante a mobilização de outros valores e direitos há muito sedimentados nas tradições jurídicas ocidentais, como são a autonomia individual e a igualdade, o direito ao desenvolvimento da personalidade, a liberdade de religião ou crença, o direito à proteção contra tratamentos discriminatórios, *etc.* Trata-se, afinal, de proteger a liberdade dos indivíduos de prosseguirem as suas vidas de acordo com os valores em que acreditam e com o que consideram ser uma vida boa³⁹. E também de assegurar a igualdade entre os membros dos grupos culturais minoritários e os membros da cultura dominante, uma vez que os Estados, apesar da sua pretendida neutralidade⁴⁰, são sempre culturalmente comprometidos e, por norma, conferem carácter oficial unicamente aos valores caros à maioria⁴¹. As reivindicações de proteção da diferença cultural não significam um abandono das reivindicações de tratamento igual e de proteção contra a discriminação fundada em fatores como a raça, a origem étnica, a cor de pele ou a religião. Um e outro tipo de reivindicações são complementares, não mutuamente exclusivos. Como ensina Boaventura de Sousa Santos, uma genuína igualdade exige que tenhamos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferiorize

Foblets e Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 62-63.

³⁸ Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 63.

³⁹ Cf. MALEIHA MALIK, *Minority Legal Orders in the UK: Minorities, Pluralism and the Law*, Londres, The British Academy, 2012, pp. 4, 11 e 20; ANDREA BÜCHLER, *Islamic Law in Europe?...*, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁰ Cf. BRUCE A. ACKERMAN, “What is neutral about neutrality?”, in *Ethics*, 1983, p. 372; ANNALISA VERZA, *La Neutralità Impossibile: Uno Studio sulle Teorie Liberali Contemporanee*, Milão, Giuffrè Editore, 2000, pp. 215-220.

⁴¹ Como nota Jürgen Habermas, em matérias culturalmente sensíveis como a língua oficial, os *curricula* no ensino público, o estatuto das comunidades religiosas e as normas de Direito Penal, a regra tem sido a da imposição pela cultura maioritária politicamente dominante da sua específica auto-compreensão ético-política, o que frustra a efetiva igualdade de direitos dos indivíduos com outros referentes culturais e potencia o conflito. Cf. JÜRGEN HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen...*, *op. cit.*, pp. 144-145. Em idêntico sentido, cf. WILL KYMLICKA, *Multicultural Citizenship*, *op. cit.*, p. 113.

e que tenhamos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracterize⁴².

Compreende-se, por isso, que seja sobretudo por referência ao princípio da igualdade que tem vindo a defender-se na doutrina a admissibilidade de informação cultural em juízo e a relevância desta informação para a decisão dos casos concretos, como veremos na exposição que se segue.

2. Admissibilidade de informação cultural em juízo

À primeira vista, a questão da admissibilidade de informação cultural em juízo não parece oferecer dificuldades de maior. Atento o que ficou dito sobre a influência que os referentes culturais podem exercer sobre os comportamentos dos indivíduos, é de esperar que os tribunais sejam sensíveis à importância que a informação cultural pode assumir para compreender o contexto em que esses comportamentos têm lugar⁴³. Esta observação vale tanto para a apreciação de comportamentos que configuram ilícitos penais, como para a apreciação da dimensão dos danos sofridos em casos de responsabilidade civil por factos ilícitos, ou para a determinação do interesse superior da criança em processos de promoção e proteção de menores, por exemplo. Uma justiça individualizada – atenta às específicas necessidades de cada caso concreto – requer que os tribunais considerem as circunstâncias dos indivíduos em litígio e os valores culturais em que estes indivíduos se reveem fazer parte dessas circunstâncias. Como observa Alison Dundes Renteln, negar aos indivíduos pertencentes a minorias a oportunidade de explicar os motivos culturais que presidiram aos seus atos ou que fundamentam os pedidos que fazem perante o tribunal implicaria um prejuízo para direitos fundamentais reconhecidos a todos pelos nossos sistemas jurídicos, como o direito de acesso à justiça e o direito à igualdade perante a lei, podendo conduzir à denegação de justiça em muitos casos concretos⁴⁴.

⁴² Cf. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *A Gramática do Tempo: Para uma Nova Cultura Política*, Lisboa, Edições Afrontamento, 2006, p. 290. Daí que, por exemplo, a Convenção Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais comece por consagrar o princípio da igualdade perante a lei e o direito de qualquer pessoa pertencente a uma minoria nacional a uma igual proteção da lei (artigo 4.º, n.º 1), para além de incluir várias disposições antidiscriminação ao longo do seu texto (artigos 6.º, 9.º, n.os 1 e 2, e 12.º, n.º 3).

⁴³ Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, pp. 64-65. Cf., igualmente, AUGUSTO SILVA DIAS, “Problemas do Direito Penal numa sociedade multicultural: O chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, 2.º fasc., 1996, pp. 230-231.

⁴⁴ Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, pp. 61-62. Cf., igualmente, MANUELA IVONE CUNHA e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Das leis, dos tribunais

O que se passa é que, quando os valores ou práticas culturais invocados são desconhecidos dos juízes, algo que ocorre com crescente frequência, os tribunais deparam-se com a questão de saber como confirmar as alegações feitas em juízo a respeito desses valores e dessas práticas. Uma forma de superar esta dificuldade seria a de mobilizar o testemunho de peritos (antropólogos, líderes religiosos, representantes da comunidade em causa, *etc.*), mas – diz-nos Renteln – muitos juízes recusam a produção deste tipo de prova, reputando-a de irrelevante, o que a autora explica como resultado da falta de familiaridade dos juízes com dados etnográficos e outros instrumentos de análise cultural e do receio muito comum de que advogados com excesso de zelo invoquem argumentos culturais absurdos para defenderem os interesses dos seus constituintes⁴⁵. Ninguém contesta, no entanto, a necessidade de os tribunais disporem de mecanismos que lhes permitam verificar a autenticidade dos argumentos culturais invocados e evitar abusos. Em resposta a esta preocupação, Renteln propõe que os tribunais submetam os argumentos culturais invocados *sub judice* ao triplo teste de saber se o indivíduo pertence ao grupo étnico/cultural a que afirma pertencer; se o grupo em causa tem efetivamente a tradição invocada; e se o indivíduo agiu sob a influência dessa tradição⁴⁶.

e das diferenças culturais”, in Manuela Ivone Cunha (org.), *Do Crime e do Castigo: Temas e Debates Contemporâneos*, Lisboa, Mundos Sociais, 2015, pp. 3-17.

⁴⁵ “Judges unfamiliar with the folkways of various groups frequently exclude the [cultural] evidence because they consider it irrelevant. [Because] they may have an intuition that over-zealous attorneys will raise absurd cultural defenses, judges may be inclined to reject the defense altogether. This is unfortunate because there are legitimate cases in which courts cannot comprehend what has transpired without the benefit of evidence about the cultural context in which the acts occurred”. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 68 (interpolação nossa). Mais adiante no mesmo texto, a autora contempla, em contrapartida, a possibilidade de os juízes não quererem questionar a veracidade dos argumentos culturais invocados pelas partes por receio de parecerem culturalmente insensíveis ou até racistas (p. 73). Seja como for, o desconforto dos tribunais no tratamento de “questões culturais” é manifesto. Cf., igualmente, ALISON DUNDES RENTELN e MARIE-CLAIRE FOBLETS, “Introduction”, in Marie-Claire Foblets e Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2009, p. 1.

⁴⁶ “To minimize potential misuse of the defense, were it to be put into practice, I have proposed a cultural defense test that courts could use to help avoid abuse. Courts applying it would have to consider three basic queries: 1) Is the litigant a member of the ethnic group? 2) Does the group have such a tradition? 3) Was the litigant influenced by the tradition when he or she acted? If courts are careful to insist upon answers to the questions posed here, this should help reduce the number of false claims and discourage illegitimate use of the defense”. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 64.

Resta saber, claro está, como provar (a) a pertença de um indivíduo a um dado grupo étnico ou minoria cultural, (b) o preciso conteúdo dos referentes culturais desse grupo e (c) a influência exercida por esses referentes culturais sobre os concretos comportamentos ou pedidos *sub judice*, de modo a, por exemplo, traçar a fronteira entre crimes motivados por razões culturais e crimes “normais” praticados por membros de minorias culturais ou étnicas.

Considere-se, desde logo, que pode revelar-se muito difícil determinar o grupo étnico ou cultural a que um indivíduo pertence, atenta a profusão de identidades híbridas, sobretudo em contextos de imigração. Como observa Jeroen van Broeck, se um indivíduo é filho ou neto de imigrantes, não é claro que ele pertença à cultura tradicional dos seus pais e avós, do mesmo modo que não é claro que esteja inteiramente aculturado à sociedade de acolhimento, podendo admitir-se uma identidade intermédia – uma “cultura de imigração” – que combina valores da cultura tradicional do país de origem com valores da sociedade de acolhimento⁴⁷. Uma forma de lidar com estas dúvidas pode ser a de confiar na autoidentificação dos indivíduos, o que estaria em linha com o disposto no artigo 3.º, n.º 1, da Convenção Quadro para a Protecção das Minorias Nacionais, nos termos do qual qualquer pessoa pertencente a uma minoria nacional tem o direito de escolher livremente ser, ou não, tratada nessa qualidade. Para evitar abusos⁴⁸, esta confiança na autoidentificação dos indivíduos haverá necessariamente de ser combinada com o estudo de cada caso individual, com atenção ao ambiente cultural em que os indivíduos vivem e a fatores como a força dos laços mantidos com o grupo, os comportamentos adotados, os valores professados, etc.⁴⁹.

Igualmente difícil se afigura provar em juízo o conteúdo das tradições próprias de uma dada cultura, sobretudo quando existe desacordo no seio da comunidade sobre a manutenção de certas regras ou práticas (o que é muito comum) e quando existem diferentes versões da tradição tidas como igualmente legítimas, como acontece com a Lei islâmica (*Sharia*), cuja interpretação não é uniforme no mundo muçulmano, variando consoante a escola de jurisprudên-

⁴⁷ “[Deciding] to which cultural group an offender, who is a second or third generation immigrant, belongs, can be a problem. Is he or she a member of the traditional culture of his or her parents, or can one argue that he or she is completely acculturated into the culture of the host-society? Or, which is a third possible solution, is this person influenced by, and a member of what one could call a «migration culture», still sharing some values of his traditional culture but also integrating some of those of the host society?”. Cf. JEROEN VAN BROECK, “Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offenses)”, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 9, n.º 1, 2001, p. 9.

⁴⁸ Como a afirmação de pertença à comunidade Sikh para justificar o porte de punhal em espaços públicos ou de pertença à comunidade Rastafári para justificar a posse de marijuana, por exemplo. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁹ Cf. JEROEN VAN BROECK, “Cultural defense and culturally motivated crimes...”, *op. cit.*, p. 9.

cia islâmica seguida⁵⁰ e o país de origem dos indivíduos⁵¹. Importa também ter presente o fosso frequentemente existente, nos países de origem dos imigrantes, entre o Direito codificado e a prática judicial⁵² e entre o Direito estadual e os valores e práticas culturais seguidos pelas populações. Assim sendo, os referentes culturais invocados em juízo não têm de ser considerados inexistentes simplesmente por não corresponderem ao Direito em vigor no Estado de que o indivíduo (ou os seus ascendentes) é originário, já que, não raro, a lei estadual proíbe práticas que são aceites e até recomendadas por alguns grupos culturais, como acontece, por exemplo, com o homicídio da mulher adúltera pelo marido, algo que é criminalizado pela lei egípcia, mas admitido pelos costumes⁵³, e com o suicídio de pais em conjunto com os filhos (*oyaku-shinju*), que é proibido pela lei japonesa, mas que ocorre frequentemente e é, de um modo geral, compreendido no Japão⁵⁴. Também é necessário não perder de vista que a cultura é dinâmica e que as tradições evoluem, o que implica que o conhecimento de uma dada tradição cultural continue a ser relevante para a apreciação do caso *sub judice* mesmo que a tradição não tenha sido seguida nos exatos termos em que vigora no país de origem ou que esteja a ser objeto de contestação nesse país⁵⁵.

⁵⁰ Escolas Hanafita, Malikita, Shafita e Hanbalita, no Islão sunita; escolas Zaidita e Jafarita, no Islão xiita. Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, *Os Direitos do Homem à Escala das Civilizações...*, *op. cit.*, pp. 155-177.

⁵¹ Cf. ELISA GIUNCHI, “Muslim family law and legal practice in the West: An introduction”, in Elisa Giunchi (ed.), *Muslim Family Law in Western Courts*, Londres/Nova Iorque, Routledge, 2014, p. 5.

⁵² É o que se passa designadamente com os Estados de maioria muçulmana, em que existe um fosso muito grande entre o Direito codificado e a prática judicial, bem como entre a interpretação oficial da Lei islâmica e o modo como esta é vivida, percebida e aplicada na prática. O desconhecimento deste fosso tem levado juízes europeus a interpretar o Direito em vigor nesses Estados de forma mais conservadora e literal do que a adotada na prática judicial desses mesmos Estados. As alterações jurídicas mais inovadoras que tiveram lugar no mundo muçulmano nas últimas décadas foram operadas pelos tribunais, mas, na maioria dos casos, estas decisões inovadoras não são conhecidas pelos juízes ocidentais, que se limitam a consultar os jornais oficiais. Por exemplo, juízes britânicos têm entendido que um *talaq* proferido no Paquistão que não seja notificado às autoridades paquistanesas nos termos definidos por lei não é válido, ao passo que os tribunais paquistaneses, para protegerem as mulheres repudiadas de eventual responsabilidade penal pelo crime de fornicção, têm considerado que a notificação do *talaq* é irrelevante para a determinação da existência do vínculo conjugal, dando precedência ao Direito islâmico não codificado sobre o Direito estadual de origem humana. Cf. ELISA GIUNCHI, “Muslim family law...”, *op. cit.*, pp. 9-11.

⁵³ Cf. JEROEN VAN BROECK, “Cultural defense and culturally motivated crimes...”, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁴ Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “Making room for culture in the court”, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁵ Alison Dundes Renteln parece, no entanto, aceitar que a circunstância de uma dada tradição ter sido inteiramente abandonada no país de origem pode justificar que o tribunal se recuse a considerá-la. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, pp. 79-80.

As dificuldades verificadas na determinação do conteúdo dos valores e tradições culturais invocados em juízo relacionam-se, entretanto, com um risco não negligenciável comumente associado à *cultural defense*, que é o de contribuir para reificar a cultura e reforçar estereótipos, através de generalizações apressadas sobre valores e práticas tidos por característicos de uma dada comunidade⁵⁶. Como observa Renteln, é necessário que a questão cultural seja tratada com sensibilidade, de modo a que a pronúncia do tribunal não veicule a ideia errada de que, porque um indivíduo seguiu uma determinada tradição, todos os indivíduos pertencentes à mesma comunidade se comportam da mesma maneira (algo que é especialmente relevante no domínio do processo penal). A autora recomenda, por isso, que os envolvidos em processos deste tipo – juízes, procuradores, advogados e também jornalistas responsáveis pela cobertura noticiosa – se esforcem por deixar muito claro que a tradição invocada em juízo é apenas um aspeto de uma cultura mais vasta e que o facto de ser seguida por alguns membros do grupo não significa que seja seguida por todos⁵⁷. Esta recomendação faz todo o sentido, mas é previsível que esbarre continuamente no interesse de muitos advogados de defesa em apresentar visões fatalistas e homogêneas das identidades culturais dos seus constituintes e na propensão dos meios de comunicação social para a caricatura e o alarmismo.

Na determinação do conteúdo dos valores e tradições culturais invocados em juízo, os tribunais podem socorrer-se do testemunho especializado de indivíduos que conheçam as comunidades em causa, ainda que, como vimos *supra*, muitas vezes os juízes optem por não o fazer, com o argumento de a que informação cultural que estes poderiam trazer ao processo é irrelevante. A mobilização desta prova pericial é recomendada na doutrina, mas também não é isenta de dificuldades, já que não é certo que deva privilegiar-se o testemunho de académicos (antropólogos, desde logo) em detrimento do testemunho de representantes das comunidades cujas tradições estão em causa. A opção pelos primeiros pode ser considerada insultuosa pelos membros da comunidade visada, que se veem como os verdadeiros especialistas nas suas tradições, ao passo que a opção pelos segundos representa o risco de o tribunal receber uma leitura deliberadamente deturpada da tradição (pelo interesse do perito em ajudar o vizinho ou conhecido) ou de receber uma leitura da tradição que não é representativa do que se passa no grupo. Nada impede, no entanto, que o tribunal ouça testemunhos de ambos os tipos. O que importa – diz-nos Renteln – é que a informação cultural esteja disponível⁵⁸. Uma experiência muito interessante, neste domínio,

⁵⁶ Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, pp. 79-80; MANUELA IVONE CUNHA e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Das leis, dos tribunais e das diferenças culturais”, *op. cit.*, pp. 12-14 e 17.

⁵⁷ Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 80.

⁵⁸ Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 81.

é a colaboração iniciada na década de 1990 entre o Laboratório de Antropologia Jurídica da Sorbonne⁵⁹ e o Tribunal de Menores de Paris, no âmbito da qual antropólogos conhecedores das tradições das comunidades estrangeiras e também da organização judiciária francesa atuam como mediadores interculturais, assistindo os magistrados na compreensão dos quadros de referentes em que se inscrevem práticas tradicionais dissonantes com os valores da República⁶⁰.

3. Ponderação da informação cultural na decisão dos casos concretos

Admitir a apresentação de informação cultural em juízo não é o mesmo que defender uma deferência incondicional por parte dos tribunais às razões de cultura, como Alison Dundes Renteln faz questão de sublinhar⁶¹. É aos juízes que cabe apreciar a prova cultural produzida e determinar, em concreto, qual o peso dos fatores culturais para a decisão do caso. Esse peso tanto pode ser muito elevado como nulo e, onde seja reconhecido pelo tribunal, tanto pode conduzir a decisões favoráveis como a decisões desfavoráveis às pretensões de quem invoca argumentos culturais. Pense-se, por exemplo, no modo como, na jurisprudência de tribunais alemães e holandeses, o argumento cultural da “defesa da honra” tem servido para mitigar, mas também, mais recentemente, sobretudo para agravar as penas de prisão cominadas para crimes de homicídio⁶².

No texto de Renteln que temos vindo a acompanhar, a autora afirma, em mais do que uma ocasião, que o sentido da sua argumentação é apenas o de

⁵⁹ Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne. Cf. informação disponível em <http://www.univ-paris1.fr/centres-de-recherche/lajp/> [28.05.2011].

⁶⁰ Sobre a intermediação cultural levada a cabo pelo Laboratório de Antropologia Jurídica de Paris junto do Tribunal de Menores desta cidade, cf. CAMILLE KUYU, “L’intermédiation culturelle au Tribunal pour Enfants de Paris: La justice française entre les frontières institutionnelles et la perception du «monde réel africain»”, in *Politique Africaine*, n.º 71, 1998, pp. 164-172; JACKIE B. LOTETKA-KALALA, “La (re)connaissance des voies négociées: La prise en charge de l’enfant sorcier en assistance éducative au Tribunal pour Enfants”, in *Droit et Cultures*, n.º 56, 2008, disponível em <http://droitcultures.revues.org/169> [28.05.2011].

⁶¹ “What effect the cultural evidence should have is a separate question. Judges and juries would have to decide to what extent, if at all, cultural differences should mitigate punishment, make an ethnic group exempt from a policy or increase the size of a damage award”. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 63.

⁶² Cf. SYLVIA MAIER, “Honor killings and the cultural defense in Germany”, in Marie-Claire Foblets e Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 229-244; M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference in Dutch criminal law”, in Marie-Claire Foblets e Alison Dundes Renteln (eds.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defense*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2009, pp. 163-167.

defender a admissibilidade de prova cultural em juízo. Isso não a impede, no entanto, de revelar que considera haver situações em que os argumentos culturais não devem ter qualquer peso na decisão dos tribunais. É o que se passa – diz-nos – sempre que as tradições culturais envolvam um prejuízo irreparável para grupos vulneráveis, como mulheres e crianças⁶³. Esta posição de Renteln causa-nos alguma perplexidade, atentos os argumentos que a própria autora usa – e com os quais concordamos – para defender a admissibilidade da prova cultural em juízo. Como vimos *supra*, a informação cultural que oferece contexto aos comportamentos *sub judice* é, muitas vezes, crucial para que os tribunais possam ajuizar sobre a medida da culpa, a dimensão do dano, o interesse da criança, *etc.* Mesmo onde essa informação cultural revele tradições lesivas para grupos vulneráveis, a sua consideração continua a ser relevante para uma justiça que se pretende individualizada, ou seja, atenta às específicas circunstâncias e necessidades de cada caso concreto, o que é especialmente importante no domínio do Direito Penal. Subtrair, à partida, algumas tradições da consideração das motivações do agente e do exercício de ponderação de interesses e valores conflitantes que os tribunais fazem em qualquer caso concreto, seja multicultural ou monocultural, contradiz o princípio de uma justiça individualizada e pode representar uma violação do princípio da igualdade.

Considere-se, por exemplo, a recente tendência, entre os operadores judiciários holandeses, para tratar o argumento cultural de defesa da honra como agravante automático em casos de homicídio, o que, como alertam Mirjam Siesling e Jeroen Ten Voorde, implica sérios riscos para os direitos de defesa dos arguidos⁶⁴. Os crimes de honra – apesar de serem uma prática culturalmente fundada que causa prejuízos irreparáveis a membros de um grupo vulnerável – devem ser julgados como qualquer outro crime, assegurando aos arguidos a oportunidade de explicar os motivos pelos quais agiram e respeitando as garan-

⁶³ “I wish to note, at the outset, however, that even if they can authenticate their claims, courts might still wish to reject the cultural defense. *Where cultural traditions involve irreparable harm to vulnerable groups, the defense should not influence the disposition of cases*”. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “The use and abuse of the cultural defense”, *op. cit.*, p. 64 (italico nosso); cf. também p. 78. A autora parece ter recuado, entretanto, nesta posição, ainda que os termos em que o fez deixem margem para dúvidas. Num texto de 2014, Renteln afirma: “The notion that the cultural defense is less justifiable in cases involving irreparable harm has merit but should not defeat the claim that individuals are entitled to raise a cultural defense. [If] individuals kill someone and claim to have been motivated by honor or other cultural considerations, I would still allow the defendants to present evidence related to their cultural background, even though I believe defendants should receive full punishment in these cases”. Cf. ALISON DUNDES RENTELN, “What do we have to fear from the cultural defense?”, in Will Kymlicka *et al.* (eds.), *Criminal Law & Cultural Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 183 (interpolação nossa); cf. ainda pp. 194-198.

⁶⁴ Cf. M. SIESLING e J. TEN VOORDE, “The paradox of cultural difference in Dutch criminal law”, *op. cit.*, pp. 166-169 e 171.

tias de uma justiça individualizada em que a pena não exceda a medida da culpa. Isto não significa a absolvição dos arguidos, nem sequer uma diminuição significativa da medida da pena. Tudo dependerá das concretas circunstâncias do caso, como já referimos. O que interessa sublinhar é que, qualquer que seja o crime em causa e independentemente de quem sejam as suas vítimas⁶⁵, os tribunais não devem ser indiferentes às motivações culturais dos indivíduos quando ajuízam o seu grau de culpa, tal como não são indiferentes a outras motivações “culturalmente neutras” como a condição económica ou a saúde mental⁶⁶. Trata-se, afinal, de respeitar valores há muito aceites na generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais, no domínio do Direito Penal, uma vez que, por lei, os tribunais estão obrigados a atender a todas as circunstâncias que deponham a favor do agente ou contra ele, incluindo “os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram”, para convocarmos a formulação adotada no Código Penal português⁶⁷. A responsabilidade penal deve resultar de um juízo individualizado sobre a culpa do arguido, com base nas suas ações concretas, e não ser determinada pelo eventual interesse do Estado em fazer ver à sociedade em geral a sua repugnância por certas práticas tradicionais⁶⁸ ou em

⁶⁵ O argumento segundo o qual a consideração de fatores culturais na determinação da culpa do arguido é potencialmente discriminatória, por tratar de forma diferente as vítimas dos “crimes culturais” (frequentemente membros de minorias) e as vítimas de crimes “culturalmente neutros”, assenta numa leitura equivocada da justiça penal, que parece desconhecer que as penas cominadas pela prática do mesmo tipo de ilícito são “inevitavelmente variáveis, tanto em casos cuja defesa envolva informação cultural como nos demais”. Cf. MANUELA IVONE CUNHA e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Das leis, dos tribunais e das diferenças culturais”, *op. cit.*, p. 10. Cf. também ALISON DUNDES RENTELN, “What do we have to fear from the cultural defense?”, *op. cit.*, pp. 182-183.

⁶⁶ “[Uma] vez que a culpa individual é pré-condição para a legitimidade da punição, ela deve, nesta linha, ser estabelecida de maneira suficientemente densa, a partir de toda a informação relevante necessária para avaliar a pessoa concreta. A este título, a informação «cultural» pode ser considerada tão necessária para o efeito quanto outra. [Não a admitir] pelo facto de [ser] de ordem cultural, ao contrário de aspetos de outra ordem, admitidos para contextualizar atos de outros arguidos, pode resultar em desigualdade de tratamento e numa falsa neutralidade”. Cf. MANUELA IVONE CUNHA e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Das leis, dos tribunais e das diferenças culturais”, *op. cit.*, pp. 8 e 9 (aspas no original, interpolação nossa).

⁶⁷ O Código Penal português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março, estabelece, no seu artigo 71.º, n.º 2, que, na determinação concreta da pena, o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente: a) o grau de ilicitude do facto, o modo de execução deste e a gravidade das suas consequências, bem como o grau de violação dos deveres impostos ao agente; b) a intensidade do dolo ou da negligência; c) os sentimentos manifestados no cometimento do crime e os fins ou motivos que o determinaram; d) as condições pessoais do agente e a sua situação económica; e) a conduta anterior ao facto e a posterior a este, especialmente quando esta seja destinada a reparar as consequências do crime; f) a falta de preparação para manter uma conduta lícita, manifestada no facto, quando essa falta deva ser censurada através da aplicação da pena.

⁶⁸ Como parece estar a acontecer na Alemanha e nos Países Baixos. Cf. M. SIESLING e J. TEN

mostrar o seu empenho na garantia de iguais oportunidades para todos (no acesso ao ensino, por exemplo)⁶⁹.

Estas considerações tecidas a respeito da justiça penal são também oportunas para outros domínios do Direito, como o Direito da Família, o que não deve surpreender-nos atento o caráter altamente individualizado da determinação do interesse superior da criança para efeitos da regulação das responsabilidades parentais ou do estabelecimento de medidas de promoção e proteção, por exemplo. Ayelet Shachar defende, a este respeito, que a cultura deve ser tratada pelos tribunais como um fator *relevante*, ainda que não o único ou sequer o mais importante, para a tomada da decisão final. A atenção aos argumentos culturais justifica-se – explica – como forma de assegurar que os indivíduos em litígio não são privados de direitos reconhecidos à generalidade da população por pertencerem a uma família ou a uma comunidade que segue uma prática ou um sistema de valores diferente do da maioria⁷⁰. O caráter indeterminado do princípio do interesse superior da criança autoriza o tratamento da cultura como uma consideração legítima, mas é necessário que esta figure na decisão do tribunal como uma consideração entre muitas outras. O que se pede aos tribunais é, afinal, que tratem a cultura ou religião dos pais da criança do mesmo modo que tratam qualquer outro fator suscetível de influenciar o ambiente em que a criança vive, ponderando-a em conjunto com considerações de outra ordem⁷¹. Segundo Shachar, a jurisprudência dos tribunais de família do Canadá ao longo dos últimos 25 anos demonstra que os tribunais estão bem equipados para fazer este exercício de ponderação, numa base estritamente casuística⁷². Diremos que

VOORDE, “The paradox of cultural difference in Dutch criminal law”, *op. cit.*, p. 149; SYLVIA MAIER, “Honor killings and the cultural defense in Germany”, *op. cit.*, pp. 240-243.

⁶⁹ O lugar próprio para prosseguir essas finalidades de prevenção geral é a produção legislativa. Sobre este ponto, cf. MANUELA IVONE CUNHA e PATRÍCIA JERÓNIMO, “Das leis, dos tribunais e das diferenças culturais”, *op. cit.*, pp. 5-7.

⁷⁰ A autora distingue este uso da cultura como escudo (*shield*) do uso da cultura como arma (*sword*), *i.e.*, quando o uso de argumentos culturais confere a uma das partes em litígio uma vantagem não acessível à contraparte, defendendo que este segundo uso deve ser limitado, especialmente em situações em que a lei geral (a cuja aplicação a parte quer subtrair-se por invocação de argumentos culturais) foi adotada para proteger os interesses das partes mais vulneráveis. Cf. AYELET SHACHAR, “Family matters: Is there room for «culture» in the courtroom?”, *in* Will Kymlicka *et al.* (eds.), *Criminal Law & Cultural Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 120.

⁷¹ Ayelet Shachar designa esta sua abordagem como *culture-demystifying*, para sublinhar o facto de os argumentos culturais serem postos em perspetiva, desmistificados. Segundo a autora, esta abordagem distingue-se de duas abordagens “absolutistas”, situadas em polos opostos do debate sobre a relevância a reconhecer à cultura nas decisões judiciais – a *culture-blindness*, que recusa qualquer relevância à cultura, e a *culture-override*, que trata a cultura como o único fator ou o fator decisivo em todos os casos. Cf. AYELET SHACHAR, “Family matters: Is there room for «culture» in the courtroom?”, *op. cit.*, pp. 122 e 126-134.

⁷² Cf. AYELET SHACHAR, “Family matters: Is there room for «culture» in the courtroom?”, *op. cit.*, p. 133.

o mesmo se verificará provavelmente para os tribunais de família da generalidade dos Estados europeus, ainda que não devamos subestimar as dificuldades, a que aludimos *supra*, decorrentes da impreparação de muitos operadores judiciais para a comunicação intercultural.

4. “Jurisprudência multicultural” – alguns exemplos

A título meramente ilustrativo, terminamos esta exposição com uma breve referência a algumas decisões emblemáticas do que poderemos designar “jurisprudência multicultural”, para abranger casos em que argumentos culturais tenham sido invocados pelas partes em litígio e/ou considerados pelos tribunais nas suas decisões. Da miríade de decisões possíveis, optámos por incluir apenas um pequeno número de decisões que têm sido objeto de análise nas aulas de Direitos Humanos e Diferença Cultural, no Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho.

Começamos pelo acórdão *Friedman v. State of New York*, proferido pelo Court of Claims de Nova Iorque, em 18 de agosto de 1967⁷³. Em causa estava o pedido de indemnização por danos morais e materiais sofridos na sequência da queda de Ruth Friedman de um elevador num centro de esqui gerido pelo Estado de Nova Iorque. A queda, de uma altura de cerca de sete metros, ocorreu porque Ruth Friedman tentou sair do elevador quando se apercebeu de que o elevador não iria completar o seu percurso e que teria de passar a noite a sós com um homem (na verdade, o amigo com quem tinha estado durante a tarde). Apesar de ter ficado provado que tinha havido negligência por parte da administração do centro de esqui na colocação de avisos sobre o horário do elevador, *etc.*, seria razoável esperar que o facto de Ruth Friedman se ter colocado de moto próprio na situação de perigo que precipitara a queda fosse visto pelo tribunal como tendo quebrado o nexo de causalidade entre a ação negligente e os danos sofridos na extensão que vieram a ter por causa da queda. O Tribunal não foi dessa opinião, no entanto, tendo condenado o Estado de Nova Iorque ao pagamento de uma indemnização de 35.000,00 dólares, a Ruth Friedman, e de 2.231,53 dólares (o valor das despesas médicas), ao pai de Ruth. No entender do Tribunal, o comportamento de Ruth Friedman fora motivado por histeria e esta era compreensível, não apenas por ser expectável que uma qualquer jovem cidadina de 16 anos de idade reagisse dessa maneira perante a perspectiva de passar a noite suspensa num elevador na montanha, mas também devido ao imperativo

⁷³ *Friedman v. State of N.Y.* 54 Misc.2d 448 (1967), *Ruth Friedman, also Known as Ruth Eider, an Infant, by Her Father Joseph Friedman, et al., Claimants v. State of New York, Defendant* (Claim n.º 42822), Court of Claims, acórdão de 18 de agosto de 1967. O texto do acórdão pode ser consultado em <https://casetext.com/case/friedman-v-state-of-ny> [11.11.2016].

moral (*moral compulsion*) a que Ruth Friedman acreditava estar sujeita, devido à sua religião, de não passar a noite a sós com um homem. O Tribunal ouviu, a pedido dos requerentes, o testemunho pericial do Rabino Herschel Stahl, que conhecia Ruth Friedman e a sua família e que confirmara ao tribunal que Ruth havia sido educada segundo uma interpretação ortodoxa da Lei judaica. No seu depoimento, o Rabino explicou ao Tribunal que a Lei judaica contém um preceito – o *Jichud* – que proíbe em termos absolutos a uma mulher permanecer com um homem num lugar inacessível a uma terceira pessoa e que a violação deste preceito constitui um pecado tremendo, destruidor não apenas da reputação da jovem mulher, mas também da reputação dos seus pais. Segundo a sua opinião, uma jovem educada numa família 100% ortodoxa, como era o caso de Ruth Friedman, poderia chegar ao ponto de se precipitar para a morte para evitar a violação deste preceito. O Tribunal disse-se persuadido de que era possível que um membro 100% ortodoxo da comunidade judaica (como Ruth) fizesse esta interpretação da Lei, apesar de ter resultado da inquirição em audiência de julgamento que esta interpretação poderia não ser secundada por membros das alas liberal e conservadora da comunidade. O Tribunal afirmou que não estava em causa saber se o Rabino Stahl tinha apresentado uma interpretação absolutamente correta da Lei judaica, mas sim se existia uma facção da comunidade judaica que acreditava nessa interpretação e se Ruth Friedman pertencia a esta facção, o que o Tribunal considerou ter sido provado⁷⁴.

Continuando com os “clássicos” da jurisprudência multicultural norte-americana, vale a pena referir o acórdão *Wisconsin v. Yoder*, proferido pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos, em 15 de maio de 1972⁷⁵, pelo modo como o tribunal se deteve na análise dos valores e práticas de uma comunidade minoritária (os Amish) e como confiou na opinião de académicos a respeito do significado e implicações desses valores e práticas. O Supremo fora chamado pelo Estado do Wisconsin a rever uma decisão do Supremo Tribunal desse Estado que havia concluído que a condenação de vários membros da comunidade Amish (por violação da legislação estadual que impunha a escolaridade obrigatória até aos 16 anos de idade) era inválida à luz da Primeira Emen-

⁷⁴ Refira-se que, em recurso, o Supremo Tribunal de Nova Iorque recusou pronunciar-se sobre este aspeto da decisão recorrida, tendo concluído pela redução do montante indemnizatório fixado em benefício de Ruth Friedman (para 20.000,00 dólares) apenas por considerá-lo excessivo em vista das lesões sustentadas. *Friedman v. State* 31A.D.2d 992 (N.Y. App. Div. 1969), *Ruth Friedman, now Known as Ruth Eider, an Infant, by Joseph Friedman, Her Parent, et al., Respondents v. State of New York, Appellant*, Supreme Court of New York, Appellate Division, Third Department, acórdão de 11 de março de 1969; texto disponível em <https://casetext.com/case/friedman-v-state-11> [11.11.2016].

⁷⁵ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), U.S. Supreme Court, acórdão de 15 de maio de 1972; texto disponível em <https://casetext.com/case/wisconsin-v-yoder> [11.11.2016].

da da Constituição dos Estados Unidos⁷⁶. Os requeridos no processo perante o Supremo Federal haviam impedido os seus filhos, com 14 e 15 anos de idade, de frequentar o ensino formal depois de estes terem completado o oitavo ano de escolaridade, com o argumento de que a frequência do ensino secundário (*high school*) era contrária à religião e ao modo de vida Amish e punha em risco a sua salvação e a dos seus filhos. Em primeira instância, o tribunal havia ficado persuadido da sinceridade das convicções religiosas dos arguidos⁷⁷, mas condenara-os em penas de multa (cinco dólares, cada), uma decisão confirmada em segunda instância, pelo Wisconsin Circuit Court, mas revertida pelo Supremo estadual, como já referido. O Supremo Tribunal Federal confirmou a decisão do Supremo Tribunal do Wisconsin. Na sua fundamentação, o Supremo Tribunal Federal observou que o interesse do Estado na educação universal, ainda que de primeira grandeza, não é absoluto, pelo que não dispensa um exercício de ponderação sempre que conflitue com direitos ou interesses fundamentais como os protegidos pela Primeira Emenda. O Supremo entendeu que o Estado do Wisconsin não fora capaz de demonstrar de forma precisa como é que o seu interesse na educação universal obrigatória saía prejudicado pela abertura de uma exceção para os Amish, tendo presente a diferença mínima entre o que era exigido pelo Estado e o que os Amish já aceitavam, ao passo que os Amish haviam conseguido demonstrar de forma convincente que, atento o seu programa de educação informal, a dispensa de um ou dois anos de educação obrigatória não prejudicaria a saúde física e mental das crianças, nem a sua capacidade para

⁷⁶ Introduzida em 1791. O texto da emenda é o seguinte: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”. Texto consultado em https://www.law.cornell.edu/constitution/first_amendment [11.11.2016].

⁷⁷ Os arguidos haviam chamado a depor académicos especialistas nos domínios da religião e da educação, que haviam expressado as suas opiniões sobre a relação entre a posição dos Amish a respeito da frequência do ensino formal e os princípios da sua religião e descrito o impacto que a frequência obrigatória do ensino secundário poderia ter para a sobrevivência da comunidade Amish existente nos Estados Unidos. Os peritos haviam reconstituído a história da seita Amish, desde as suas origens no século XVI, com os anabatistas suíços, para explicar a centralidade, na fé Amish, do princípio segundo o qual a salvação depende de uma vida em comunidade à parte do mundo e de influências mundanas. Entre outras observações, os peritos haviam sustentado que o ensino formal para além do oitavo ano contrariava as crenças Amish, não apenas por colocar as crianças Amish num ambiente hostil às suas convicções, centrado na competitividade e com pressões de vária ordem para que se conformassem com o estilo de vida dos demais, mas também por as afastar (física e emocionalmente) da comunidade durante o período formativo crucial das suas vidas, em que deveriam estar a adquirir as atitudes Amish de preferência pelos trabalhos manuais e de autossuficiência, bem como as competências específicas necessárias para o desempenho dos seus papéis de adultos como agricultores ou donas de casa. O testemunho dos peritos não fora contraditado em juízo e foi reapresentado perante o Supremo Tribunal Federal, que o aceitou como incontroverso e o citou frequentemente.

serem autossuficientes ou para cumprirem os seus deveres de cidadania, nem prejudicaria de qualquer outra maneira a segurança pública ou o bem estar social. Com base na prova pericial apresentada no processo, o Supremo concluiu que o modo de vida tradicional dos Amish não era apenas uma questão de preferência pessoal, mas sim uma questão de profunda crença religiosa, partilhada por um grupo organizado e intimamente relacionada com o seu modo de vida quotidiano. O Supremo concluiu também que o ensino secundário contrariava preceitos fundamentais da fé Amish e representava um risco real para a própria sobrevivência da comunidade e da religião Amish nos Estados Unidos. O impacto da legislação do Wisconsin sobre a prática da religião Amish por pais e filhos era – observou o Supremo –, não apenas severo, mas inescapável, já que os obrigava, sob ameaça de sanção penal, a praticar atos inegavelmente contrários a preceitos fundamentais da sua religião⁷⁸. O Supremo rejeitou o argumento do Estado do Wisconsin segundo o qual a legislação em causa não discriminava contra nenhuma religião já que era aplicada uniformemente a todos os cidadãos do Estado, tendo notado, a este respeito, que a aplicação de legislação aparentemente neutra pode contrariar a exigência constitucional de neutralidade governamental se sobrecarregar indevidamente o livre exercício da religião⁷⁹. O Supremo também rejeitou o argumento do Estado segundo o qual a posição dos requeridos promoveria a ignorância, por considerar que uma tal imagem da comunidade Amish não quadrava com o que ficara provado no processo. Apesar das idiossincrasias que pudessem ser-lhe apontadas pela maioria – disse –, ficara demonstrado que a comunidade Amish era um grupo social muito bem-sucedido dentro da sociedade americana, ainda que à margem do *mainstream*⁸⁰, e que a sua oposição ao ensino formal para além do oitavo ano não significava uma oposição à educação, já que o seu sistema de “aprender fazendo” (*learning through doing*), pelo qual os jovens Amish são preparados para o desempenho dos seus papéis de adultos na comunidade, podia considerar-se

⁷⁸ O Supremo não se pronunciou sobre a questão de uma eventual contradição entre a liberdade de religião dos pais e a liberdade de religião dos filhos, na hipótese de os filhos quererem frequentar o ensino secundário. Não o fez porque, como explicou, eram os pais que estavam a ser julgados pelo crime de impedirem os filhos de frequentar a escola, pelo que era a liberdade de religião dos pais (e não a dos filhos) que devia determinar o poder do Estado do Wisconsin de lhes impor sanções penais. Não havia, de resto, qualquer indicação de que os filhos estivessem a ser impedidos de frequentar a escola contra a sua vontade.

⁷⁹ Apesar de reconhecer o perigo para o princípio da separação entre Estado e Igreja de admitir uma exceção a um dever geral de cidadania por motivos religiosos, o Supremo Tribunal Federal sustentou que um tal perigo não pode conduzir a que se impeça toda e qualquer exceção por mais vital que ela seja para a liberdade de religião.

⁸⁰ O Supremo Tribunal Federal apontou como relevante o facto de os Amish serem produtivos e cumpridores da lei, bem como o facto de recusarem benefícios sociais (uma autossuficiência reconhecida pelo próprio Congresso, que autorizara, em 1965, a sua isenção do pagamento de impostos para a Segurança Social).

um sistema ideal e talvez até superior ao ensino secundário formal, como havia sido defendido pelos peritos. Também por isso, o Supremo rejeitou o argumento do Estado segundo o qual os dois anos de escolaridade obrigatória depois do oitavo ano eram necessários para preparar os jovens Amish que eventualmente quisessem abandonar a comunidade, de modo a evitar que se tornassem um fardo para a sociedade.

Considerando agora exemplos retirados da jurisprudência portuguesa, vale a pena referir o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12 de junho de 2007, proferido no quadro de um processo de promoção e proteção de menor de etnia cigana⁸¹. Este acórdão é interessante por tratar diretamente da questão da relevância da cultura e da diferença cultural para o gozo de direitos, algo que ainda vai sendo relativamente raro no panorama nacional. Em causa estava um recurso interposto pelo Ministério Público contra a decisão de aplicar a um menor de cerca de um ano e meio de idade a medida de promoção e proteção de apoio junto dos pais, acompanhada de ajuda económica, durante um ano. O Ministério Público, que havia requerido a fixação da medida de acolhimento do menor em instituição, argumentara, no recurso perante o Tribunal da Relação, que “a diferença baseada na etnia dos progenitores não legitima[va] o menor cuidado com o menor ou a perda por este de iguais oportunidades”. O Tribunal da Relação deu como provados, entre outros factos, que a mãe do menor era de etnia cigana e o pai era “de origem romena”, em situação migratória irregular em Portugal; que o menor havia sido sinalizado depois de ter sido encontrado com a mãe no interior de um automóvel estacionado junto a uma barraca destruída num parque industrial; que o agregado familiar passara entretanto a residir numa casa arrendada, desprovida, no entanto, dos equipamentos eletrodomésticos básicos (frigorífico e esquentador) e negligenciada quanto a higiene e organização; que a progenitora deixara de beneficiar do rendimento de reinserção por faltar a alguns dos deveres associados (como o de cumprir o plano de vacinação nacional); que ambos os progenitores estavam desempregados e se dedicavam à recolha, venda e queima de cobre; que os progenitores se haviam oposto à medida de institucionalização do menor e que haviam revelado grande afeto por ele; que todas as técnicas sociais intervenientes no processo haviam reconhecido que o menor tinha uma aparência saudável e bem cuidada; que a mãe do menor tinha outros cinco filhos menores, de um anterior marido, já falecido, em relação aos quais tinha aceitado a aplicação da medida de institucionalização. O Tribunal da Relação julgou procedente o recurso e decretou a substituição da medida de promoção e apoio junto dos pais e da Segurança Social pela de retirada do seu agregado familiar e colocação numa

⁸¹ Tribunal da Relação de Guimarães, acórdão de 12 de junho de 2007, proferido no processo n.º 926/07-2; texto disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/924f3635c0bffc7b80257395003d5745?OpenDocument&Highlight=0,cigana> [11.11.2016].

instituição, o que se afigura compreensível, atentos os factos dados como provados no processo sobre as condições de habitação, saúde, higiene e segurança em que o menor vivia. Na fundamentação da decisão, o Tribunal teceu algumas considerações de ordem teórica sobre identidade social e sobre diferenças e diferenciações inadmissíveis em nome de razões culturais. O texto do acórdão não é particularmente claro e contém algumas imprecisões terminológicas, parecendo confundir *diferença* e *desigualdade*, ao afirmar que “a educação voltada para a diversidade, respeitadora do multiculturalismo se apresent[a] como o grande desafio que exige atenção às diferenças económicas, sociais e raciais, em ordem a ultrapassá-las pela constante busca e afirmação da igualdade de oportunidades, por meio de saber crítico que permita interpretá-las, na preservação dos valores básicos da colectividade”. O Tribunal parece ter procurado um equilíbrio entre o respeito pelas diferenças étnico-culturais e a “total igualdade de direitos e deveres entre todos os cidadãos”, mas pendeu claramente para este segundo lado da balança ao afirmar que “a lei comum europeia não poderá conter ou tolerar qualquer tipo de diferenciações”⁸² e que “o princípio fundamental da legitimidade do direito à diferença não deve originar inaceitáveis diferenças de direito”. O Tribunal observou que o povo cigano continua a ter dificuldades de integração social e a sofrer discriminação racial na Europa, referindo algumas recomendações feitas por organismos da União Europeia e do Conselho da Europa desde a década de 1980 e rematando com a conclusão de que o facto de uma comunidade ter uma cultura diferente não deve impedir a procura de medidas dirigidas à sua integração e ao combate à exclusão. Pronunciando-se sobre a decisão *a quo*, o Tribunal da Relação considerou que esta havia aceitado a salvaguarda de especificidades socioculturais “com matriz no direito à diferença e à individualidade, no caso dos pertencentes à etnia cigana”, mas fizera-o com desconsideração pelas obrigações dos progenitores “e, sobretudo, dos direitos a acautelar às crianças, como cidadãos do amanhã”. Segundo o Tribunal, atentos os problemas de exclusão social que afetam o povo cigano, o cuidado em não destruir as especificidades características desta minoria étnica não pode justificar a indiferença perante o risco em que os menores se encontram de sofrerem “lesões irreparáveis na sua formação humana”, potencialmente condutíveis a vi-

⁸² O texto da frase onde figura esta passagem é algo confuso, pelo que optamos por reproduzi-lo na íntegra aqui. “Assim, a lei comum europeia não poderá conter ou tolerar qualquer tipo de diferenciações, mesmo os que, por razões de ordem étnicas ou comunitarista, afronte a condição infantil, assente sobre a futura condição de cidadão livre e responsável, ou não garanta ao máximo a sua defesa contra todos os condicionamentos pretensamente culturais; tudo isso, ainda assim, no incentivo da prática da tolerância mútua e do respeito pelas diferenças étnico-culturais – mas apenas no quadro de uma total igualdade de direitos e deveres entre todos os cidadãos, sem laxismo perante afloramentos segregacionistas, conquanto de mais apurada fundamentação, tanto no plano político como no quadro da vida social”.

das de marginalidade e de criminalidade⁸³. No caso concreto, a mãe do menor tinha vindo a omitir os cuidados mínimos (saúde, higiene, *etc.*) exigíveis ao menor, como já havia feito com os outros cinco filhos, todos institucionalizados sem a sua oposição, expondo-o a uma vida de patente perigo, sem futuro. “Ora – concluiu o Tribunal –, como tantas outras crianças, ciganas ou não, de pai estrangeiro ou não – afinal, como seus irmão[s] uterinos – tem o [menor] o direito a esperar (e exigir) muito mais dos progenitores e da sociedade, sem constituir mais fardo para ninguém, recebendo e retornando amor, crescendo e desenvolvendo-se em todos os aspectos. E a sua institucionalização noutra coisa não se traduzirá senão no que já acontece àqueles sobreditos seus irmãos, afinal muitíssimo melhor do que tem à mão, porventura até na integração numa outra família que o queira de verdade”⁸⁴.

Outro acórdão digno de menção é o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de junho de 2010, proferido num processo-crime por abuso sexual de crianças, também aqui envolvendo indivíduos de etnia cigana (o arguido, de 21 anos, e a ofendida, de 11 anos)⁸⁵. O tribunal *a quo* condenara o arguido numa pena de prisão de seis anos e no pagamento de uma indemnização à ofendida, por danos morais, no montante de 12.000,00 Euros. Perante o Supremo, o arguido pedira apenas a redução da medida concreta da pena (que reputava de exagerada), invocando em defesa da sua pretensão, entre outros argumentos, o facto de “não manter há muito relações com pessoas da sua etnia, as quais mantêm um estilo de vida e uma forma de estar diferente da sua” (o que foi confirmado pelo relatório social); o facto de as pessoas de etnia cigana iniciarem a sua vida sexual ainda muito jovens, como confirmado pela própria mãe do arguido que havia sido mãe aos 13 anos de idade (com um marido de

⁸³ “A preocupação com a não destruição das especificidades características das minorias [étnicas], ainda para mais se padecendo de consabidas dificuldades de inserção sócioeconómico e cultural, não pode conduzir-nos à lassidão perante a colocação de seres tão indefesos (como as crianças e os jovens) em risco iminente de lesões irreparáveis na sua formação humana; é que a manutenção de párias sociais (pairando nas margens da criminalidade e dos mínimos escalões económicos), ainda que sob o pretexto de que essoutros recusam aproximar-se do razoavelmente exigível, ao nível dos padrões sócio-educativos, não pode legitimar-se leviana e interminavelmente”. Interpolação nossa. Também aqui, o Tribunal parece procurar conciliar igualdade e respeito pela diferença, ainda que, mais uma vez, com uma formulação algo ambígua. Esta foi a sequência: “Por outro lado, o salutar respeito pelas idiosincrasias diferenciadoras (mesmo que dentro dos clans) há-de impor que os valores estruturantes desta sociedade democrática e multicultural não sejam postergados, ainda que se trate de residentes ocasionais ou nómadas; em se tratando das crianças, não hão-de erigir-se os padrões de vida escolhidos, mais ou menos conscientemente, pelos respectivos progenitores em rolos compressores do dever-ser, em matrizes da aferição da legalidade”.

⁸⁴ Interpolação nossa.

⁸⁵ Supremo Tribunal de Justiça, acórdão de 23 de junho de 2010, proferido no processo n.º 252/09.0PBBGC.S1; texto disponível em <http://www.stj.pt/index.php/jurisprudencia-42213/ basedados> [11.11.2016].

mais de 40 anos); e, relacionado com este ponto, o facto de a decisão recorrida não ter levado em conta, na determinação da pena, a circunstância de tanto ele como a ofendida serem de etnia cigana, “do que resulta terem ambos valores e costumes diferentes”. O Supremo rejeitou liminarmente este argumento de que a vida sexual se inicia mais cedo entre pessoas de etnia cigana (por estas se moverem num esquema de valores distintos), invocando o princípio da igualdade consagrado na Constituição. O Supremo parece incorrer num equívoco a que aludimos na secção anterior deste capítulo, ao subordinar a determinação da medida concreta da pena a uma lógica de igualdade racial entre as vítimas de abusos sexuais. “A lei é de aplicação geral e abstracta, para todo o país – afirma –, merecendo a tutela inscrita no art.º 171.º, do CP *todas as crianças até aos 14 anos não exceptionando as de qualquer raça, o que conduziria a um tratamento diferenciado, de chocante favor para o arguido*, em flagrante oposição com princípios constitucionais estruturantes do Estado de direito, particularmente o da igualdade com tradução no art.º 13.º, da CRP”⁸⁶. Na verdade, o Supremo não precisava de ter seguido esta via para rejeitar o argumento cultural, já que o próprio arguido se afirmara afastado das pessoas da sua etnia e do seu modo de vida. Como o Supremo notou, a alegação feita pelo arguido de que se dissociara da etnia cigana era inconciliável com a sua pretensão de beneficiar “desse suposto amolecimento étnico e ético do abuso sexual de crianças”. Se aplicássemos aqui o triplo teste proposto por Alison Dundes Renteln, facilmente se afastaria a *cultural defense*, por poder considerar-se não estar preenchido o primeiro requisito de pertença do indivíduo ao grupo cuja tradição é invocada. Isso arrumaria a questão, mesmo que admitíssemos estar preenchido o segundo requisito – a existência da tradição invocada. Os dados disponíveis no acórdão sugerem que não foi sequer aventada a possibilidade de chamar a juízo um perito que elucidasse o tribunal sobre a existência de uma tal tradição, *i. e.*, sobre a celebração e consumação de casamentos com menores de 14 anos. O Supremo observou apenas não estar demonstrado que os membros da etnia cigana desculpem quem abusa sexualmente de crianças e apontou como bom indicador disso mesmo o facto de os pais da ofendida terem deduzido um pedido de indemnização⁸⁷. De qualquer modo, o Supremo acabou por reduzir a pena de prisão para cinco anos, tendo pesado nessa decisão a circunstância de ter sido da menor que partira a iniciativa de enviar ao arguido uma mensagem propondo-lhe encontrarem-se nas proximidades de um local pré-definido, de noite, para o que saltara através da janela do seu quarto, da casa dos pais com quem vivia, deixando-a aberta para por aí poder voltar a entrar, concretizan-

⁸⁶ Itálico nosso.

⁸⁷ “Por outro lado não está demonstrado, se é que alguma vez o foi, que entre a etnia cigana se tolere, desculpabilizando, o que abusa sexualmente de crianças, acto axiologicamente neutro, postura inconciliável, de resto, com o pedido cível indemnizatório deduzido pelos pais da vítima”.

do-se esse e outros dois encontros. O Supremo ponderou este aspeto, sem, no entanto, deixar de sublinhar a irrelevância do aparente consentimento da vítima em casos de abuso sexual de crianças, “pela pouca idade da vítima, [por] lhe falhar a maturidade, o desenvolvimento intelectual capaz de poder determinar-se com liberdade, responsabilidade, com pleno conhecimento dos efeitos e seu alcance do acto sexual de relevo consentido”.

MUDAR DE RUMO

Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos¹

Em matéria de combate à discriminação racial e integração dos imigrantes, Portugal mudou muito desde a segunda metade dos anos noventa e as mudanças que podemos observar não são mera cosmética, antes traduzem alguns progressos substanciais, por muito longo que seja o caminho ainda a percorrer e por muito sérias que sejam as ameaças emergentes do terrorismo internacional, da “Guerra contra o terror” e da crescente islamofobia que lhe sucedeu.

A entrega na Assembleia da República de uma “Petição” lançada pelo SOS Racismo, onde se reclamava uma “Lei contra a Discriminação Racial”, em 12 de junho de 1996, marca o ponto de viragem. Três anos mais tarde, viria a ser aprovada, por unanimidade, a Lei n.º 134/99, de 28 de agosto, que proíbe com razoável minúcia as práticas de discriminação racial, estabelece um regime sancionatório e cria a “Comissão para a Igualdade e contra a Discriminação Racial” – CICDR – sob a presidência do “Alto Comissário para a Imigração e as Minorias Étnicas”, cargo de que era titular José Leitão (1996/2002). É sob a sua presidência que se procede à respetiva instalação e a ela se resume, infelizmente, a sua atividade mais relevante.

Acolheram-se recomendações, transpuseram-se diretivas europeias para a ordem jurídica interna, ratificaram-se convenções e protocolos internacionais, alterou-se, enfim, o quadro legal. Da criminalização do “ódio racial”, à proibição da discriminação no acesso ao emprego, à saúde, à educação, no exercício das atividades económicas ou no arrendamento de imóveis, procurou-se detectar situações de especial vulnerabilidade e assegurar efetiva proteção justamente onde ela é mais necessária.

1 Deputado do Partido Socialista na Assembleia da República portuguesa e Professor Associado na Escola de Direito da Universidade do Minho. Uma primeira versão deste texto foi publicada no livro *Racismo e Discriminação: A Lei da Impunidade*, coordenado por Mónica Catarino Ribeiro e publicado pelo SOS Racismo, em 2016.

Também se alargou, entretanto, o quadro institucional de instrumentos de proteção, providenciando financiamento, especializando órgãos e mobilizando agentes da sociedade civil, com especial incidência no âmbito da fiscalização das condições de trabalho, aconselhamento personalizado de imigrantes e minorias étnicas ou no apoio à vítima.

Com um quadro legal mais assertivo e uma rede operacional colocada no terreno, a opinião pública ficou mais sensibilizada para a luta contra a discriminação e os responsáveis administrativos e forças policiais começaram a alterar os seus comportamentos. Destaca-se o sentido cooperativo e a boa vontade dos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras, do Instituto do Emprego e Formação Profissional, dos Ministérios do Trabalho, da Saúde, da Educação. Por seu turno, o Provedor de Justiça, honrando uma ininterrupta tradição, desempenhou um papel crucial de estímulo e promoção das novas atitudes quer na Administração quer na Justiça, tirando partido da flexibilidade dos seus procedimentos e utilizando de forma consequente as suas competências, designadamente, em sede do controlo da legalidade e da constitucionalidade.

Portugal conseguiu enfrentar com êxito as profundas alterações sociais que, de país de emigrantes, o transformaram em país de acolhimento, com uma legislação que, designadamente em matéria de cidadania e nacionalidade, testemunha uma abertura exemplar. Um facto tanto mais significativo porquanto, apesar das alterações que sobrevieram, continua a exibir uma grande “generosidade” em comparação com o quadro dominante na União Europeia, onde os sinais de retrocesso mostram tendência para crescer.

Em julho de 2003, perante a notória falta de vontade do novo Alto Comissário, nomeado pelo governo de Durão Barroso, de prosseguir o trabalho penosamente iniciado pelo seu antecessor, demiti-me da CICDR. Os efeitos positivos da transversalidade alcançada na execução das políticas sociais entraram em decadência, iniciando um retrocesso que se iria agravar com as dificuldades económicas e financeiras geradas pela crise internacional. É patente a relutância da CICDR no exercício das competências sancionatórias previstas em sede contraordenacional. Os resultados da intervenção da CICDR são pífios e o número de queixas apresentadas, comprovada a sua ineficácia, permaneceu até hoje irrelevante. É urgente fazer um balanço e promover as alterações da lei que a experiência revelou indispensáveis.

A luta contra o racismo e todas as formas de discriminação, o respeito pelas minorias e a integração dos imigrantes, respondem a necessidades prementes das sociedades atuais, marcadas por uma intensa mobilidade e múltiplas diferenciações culturais. Só pela interiorização de novas atitudes, com muita coragem e persistência, poderemos vencer os preconceitos enraizados que agora assumem contornos obscenos na crise dos refugiados a que a Europa não se mostra capaz de acudir.

O SISTEMA AFRICANO DOS DIREITOS HUMANOS EM TRANSFORMAÇÃO?

A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL AFRICANO DE JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS E OS DESAFIOS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÁFRICA

Rui André Gonçalves Garrido¹

Introdução

O sistema regional africano de proteção dos direitos humanos é o mais jovem dos três sistemas regionais em atividade (africano, europeu e interamericano) e tem como instrumento basilar da sua construção a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. É um sistema regional que difere bastante dos seus congéneres em vários aspetos (construção, direitos reconhecidos, mecanismos de controlo, *etc.*), sobre os quais vamos debruçar-nos de seguida. A construção do sistema regional africano de proteção dos direitos humanos representa um esforço assinalável na promoção dos direitos humanos à escala regional africana. É um sistema relativamente jovem. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) foi adotada em 27 de junho de 1981. A CADHP marca o fim de uma caminhada que durou 20 anos, quando, já em 1961, no primeiro Congresso de Juristas Africanos, se apelava à adoção de um tratado regional de proteção dos direitos humanos², numa resolução que ficou conhecida como *Law of Lagos*³, pois o Congresso teve lugar nessa cidade nigeriana.

¹ Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho e doutorando em Estudos Africanos, no ISCTE-IUL.

² Mais concretamente uma Convenção Africana dos Direitos Humanos.

³ “History of the African Charter”, disponível em <http://www.achpr.org/instruments/achpr/history/> [19.08.2015].

Mesmo após a entrada em vigor da CADHP, a situação dos direitos humanos em África não sofreu melhorias substanciais. O texto foi adotado numa época em que muitos Estados africanos se encontravam em situação económica particularmente severa, o que conduziu à intervenção do Fundo Monetário Internacional e ao período de ajustamento económico que marcou as décadas de 1980 e 1990. A letargia dos Estados em definir uma política comprometida com o respeito pelos direitos humanos residiu no facto de não estar prevista a criação de um órgão jurisdicional que garantisse o controlo e a efetivação dos direitos da Carta. Só no final da década de 90, mais concretamente em 1998, seria adotado o Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos relativo ao Estabelecimento do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (TADHP). Até à sua instalação, em 2004, o controlo e a promoção dos direitos da Carta estavam, exclusivamente, a cargo da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, organismo com funções limitadas⁴. Mesmo após a entrada em funcionamento do TADHP, a Comissão continua a ter uma “função densificadora de grande relevo”⁵.

É o propósito deste ensaio fazer uma reflexão em torno da proposta de instalação de um Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos, resultante da “fusão” do Tribunal de Justiça da União Africana e do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, e cujo Estatuto se encontra em fase de discussão. Faremos uma curta análise à atual arquitetura do sistema regional africano, para posteriormente perceber em que medida será benéfico uma superestrutura jurisdicional em detrimento das atuais em vigor.

1. O sistema regional africano de proteção dos direitos humanos

A construção do sistema regional africano, ainda sob os auspícios da Organização de Unidade Africana, foi particularmente lenta. Em primeiro, porque os países africanos recentemente libertados do domínio colonial europeu não estavam dispostos a sentir a sua soberania posta em causa por imposição internacional. Em resultado disso, a Carta da Organização de Unidade Africana, de 1963, que instituiu esta organização, nada refere em relação a mecanismos de efetivação dos direitos humanos⁶. A Carta da OUA apenas faz referência, no

⁴ Cf. artigo 45.º (Das competências da Comissão) da CADHP.

⁵ Cf. MARCOLINO MOCO, *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Protecção: As Particularidades do Sistema Africano*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 125.

⁶ Cf. FRANS VILJOEN, “The African regional human rights system”, in Catarina Krause e Martin Scheinin (eds.), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, Turku/Åbo, Åbo Akademi University Institute for Human Rights, 2009, p. 503.

preâmbulo, à Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), afirmando a sua inspiração do texto onusiano e no artigo 2.º, n.º 1, alínea e), afirmando como princípio a cooperação internacional em harmonia com a DUDH. Inclusive, a Carta da OUA consagra como um dos princípios, a respeitar pelos Estados membros, a não interferência nos assuntos internos dos Estados⁷, sem acautelar uma margem de apreciação para o respeito dos direitos humanos no continente⁸. Atendendo à natureza da OUA, como uma organização Pan-Africana de libertação do jugo colonial, os direitos humanos não constituíam um objetivo desta organização política⁹.

É ainda interessante verificar que a arquitetura de justiça da União Africana é diferente das congéneres, na medida em que, para além da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos – cuja congénere, na Europa, foi extinta –, e do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, o sistema regional ainda engloba um nível sub-regional, que compreende os tribunais de justiça das comunidades económicas. Estes têm competência para analisar, entre outros, casos de violação dos direitos elencados na CADHP. Neste sentido o Tribunal de Justiça da Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental (CEDEAO) é o que mais se tem pronunciado sobre estas matérias¹⁰.

1.1. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos apresenta algumas especificidades únicas em comparação com outros tratados regionais de proteção dos direitos humanos. Essa distinção reside na consagração dos direitos dos povos – marca distintiva deste sistema regional para os demais –, mas também os deveres dos indivíduos¹¹.

Encontramos na Carta Africana os direitos fundamentais mais tradicionais, *i. e.* que são comuns aos vários tratados regionais e internacionais. São caso disso o direito à vida (artigo 4.º), de reunião e circulação (artigos 11.º e 12.º, respetivamente), a liberdade de religião (artigo 8.º), a liberdade de expressão (artigo 9.º), apenas para referir alguns. Consagra igualmente o direito ao trabalho (artigo 15.º), à saúde (artigo 16.º) e à educação (artigo 17.º). Ao contrário dos

⁷ Artigo 3.º, n.º 2, da Carta da Organização de Unidade Africana.

⁸ Cf. FRANS VILJOEN, “The African regional human rights system”, *op. cit.*, p. 503.

⁹ Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 300-301.

¹⁰ A propósito do nível subregional do sistema africano, cf. FRANS VILJOEN, *International Human Rights Law in Africa*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 479 e ss.

¹¹ Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, *op. cit.*, p. 302.

documentos regionais congéneres, a Carta Africana inclui os direitos económicos, sociais e culturais no mesmo capítulo I¹² em que coloca os direitos civis e políticos, conferindo a uns e outros “igual força jurídica”¹³. Outra inovação, e ainda no mesmo capítulo I, é a consagração dos direitos dos povos¹⁴. Concentrados entre os artigos 19.º e 24.º, inclusive, os povos africanos têm assim o direito à igualdade entre si (artigo 19.º), à existência (artigo 20.º), à livre disposição das riquezas e recursos naturais (artigo 21.º), ao desenvolvimento (artigo 22.º), à paz (artigo 23.º) e ao usufruto de um meio ambiente satisfatório ao seu desenvolvimento (artigo 25.º).

A consagração dos deveres, num capítulo autónomo, é outro aspeto vanguardista do texto africano. Fruto da matriz cultural do continente, marcada pelo comunitarismo das sociedades tradicionais¹⁵, a Carta reflete “as virtudes das suas tradições históricas e dos valores da civilização africana”¹⁶. Desta forma, os deveres inserem-se numa lógica de que o indivíduo não existe por si só, mas sim pela sua inserção num grupo social¹⁷. Os deveres na Carta estão compreendidos entre o artigo 27.º e o artigo 29.º, onde se estabelece que os indivíduos têm deveres para com os outros que lhes são próximos e para com o grupo a que pertencem. Os deveres referem-se ao respeito, à não discriminação, ao trabalho e à colaboração voluntária de todos os indivíduos em prol da sociedade.

A Carta não possui uma cláusula de derrogação ou suspensão dos direitos,

¹² Com a epígrafe “Dos Direitos Humanos e dos Povos”.

¹³ Cf. MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, p. 336, disponível em <http://www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/7980-b.pdf> [01.09.2015].

¹⁴ Não há uma definição do que deve ser entendido por “povos” no espírito da CADHP. Ellen Messer entende que estes se referem às nações e não propriamente a povos autóctones. Cf. ELLEN MESSER, “Anthropology and human rights”, in *Annual Review of Anthropology*, vol. 22, 1993, pp. 219-249. Atente-se que a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, na única comunicação em que se pronunciou a respeito da violação do direito à livre disposição das riquezas e recursos naturais (artigo 21.º), refere apenas que “[t]he African Charter does not provide a definition of the concept of «people» that is found in Articles 19 to 24. This concept nonetheless defines third generation rights whose recognition constitutes the main distinctive feature of the African Charter”. Cf. Comunicação 253/02: *Antonie Bissangou v. Congo*, parágrafo 80, disponível em http://www.achpr.org/files/sessions/40th/communications/253.02/achpr40_253_02_eng.pdf [01.09.2015].

¹⁵ Para mais sobre a matriz cultural dos direitos humanos em África, nomeadamente a importância da comunidade, cf., por exemplo, SIKKU HELSTEN, “Human rights in Africa: From communitarian values to utilitarian practice”, in *Human Rights Review*, vol. 5, n.º 2, 2004, pp. 61-85; JOSIAH A. M. COBBAH, “African values and the human rights debate: An African perspective”, in *Human Rights Quarterly*, vol. 9, n.º 3, 1987, pp. 309-331, disponível em http://www.hmb.utoronto.ca/HMB303H/weekly_supp/week-02/Cobbah_African_values.pdf [01.09.2015].

¹⁶ Preâmbulo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

¹⁷ Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, op. cit., p. 303.

como a que se encontra no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Convenção Interamericana dos Direitos Humanos¹⁸. A interpretação da ausência desta cláusula divide os académicos. Se há quem entenda que este é um ponto fraco da Carta¹⁹, que deixa margem de liberdade aos líderes africanos para respeitar os direitos da Carta na medida em que entenderem²⁰, também há quem defenda que esta é uma força da Carta, por entender todos os direitos como inderrogáveis, independentemente da situação do país²¹. Esta é a posição da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, que num caso contra o Chade²², entendeu que a ausência de uma cláusula de derrogação não suspende os direitos da Carta mesmo em situação de conflito armado²³. A ausência da cláusula de derrogação na Carta não legitima que os “Estados possam proceder a derrogações indiscriminadas”²⁴.

1.2. A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos foi criada com o artigo 30.º da CADHP e tem como objetivo “promover os direitos humanos e dos povos e de assegurar a respetiva proteção em África”²⁵. A Comissão é um órgão de controlo dos direitos da CADHP, reúne duas vezes por ano, e tem uma atividade bastante importante na densificação destes direitos²⁶. A importância da Comissão tem sido amplamente sublinhada, inclusive pela ausência de um órgão jurisdicional com decisões de natureza vinculativa. Tal só se viria a concretizar em 2004, com a entrada em vigor do Protocolo à CADHP relativo à instalação de um tribunal africano de direitos humanos. Por isso mesmo, a Comissão é apontada como um órgão “quasi-judicial”²⁷ de natureza “técnico-jurisdicional e polític[a]”²⁸.

¹⁸ Cf. GEORGE WILLIAM MUGWANYA, *Human Rights in Africa: Enhancing Human Rights Through the African Regional Human Rights System*, Nova Iorque, Transnational Publishers, 2003, p. 352.

¹⁹ Cf. GEORGE WILLIAM MUGWANYA, *Human Rights in Africa...*, *op. cit.*, p. 354.

²⁰ Cf. MARCOLINO MOCO, *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Protecção...*, *op. cit.*, p. 139.

²¹ Cf. MARIA JOSÉ MORAIS PIRES, *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, *cit.*, p. 338.

²² Cf. *Commission Nationale de l'homme et des libertes v. Chad (74/92)*.

²³ Cf. GEORGE WILLIAM MUGWANYA, *Human Rights in Africa...*, *op. cit.*, p. 353.

²⁴ Cf. MARCOLINO MOCO, *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Protecção...*, *op. cit.*, p. 139.

²⁵ Artigo 30.º da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

²⁶ Cf. MARCOLINO MOCO, *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Protecção...*, *op. cit.*, p. 125.

²⁷ Cf. FRANS VILJOEN, “The African Regional Human Rights System”, *op. cit.*, p. 505.

²⁸ Cf. MARCOLINO MOCO, *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Protecção...*, *op. cit.*, p. 216 (interpolação nossa).

A Comissão tem duas formas de controlo: as comunicações e os relatórios submetidos pelos Estados. O sistema de comunicações divide-se em comunicações dos Estados parte da CADHP (comunicações interestaduais) e comunicações individuais. As comunicações interestaduais estão previstas no artigo 47.º da CADHP e podem ser endereçadas por outro Estado em caso de suspeita de violação dos direitos humanos. Atente-se que a Comissão só pode deliberar caso já tenham sido esgotadas todas as vias internas para a resolução do litígio²⁹. No caso das comunicações a título individual, estas serão apreciadas pela Comissão no caso de esta apreciação ter sido votada favoravelmente por uma maioria absoluta dos seus membros³⁰. As decisões da Comissão não são vinculativas, constituindo apenas recomendações aos Estados.

O sistema de controlo por submissão de relatórios dos Estados parte da CADHP, previsto no artigo 62.º, é semelhante aquele que encontramos no sistema das Nações Unidas. Contudo, é inequívoco o falhanço do sistema de revisão periódica da Comissão. Apenas oito Estados cumpriram o dever de submissão do relatório bienal³¹. Dos restantes, 15 Estados têm um ou dois relatórios em atraso, 24 Estados têm em falta três ou mais relatórios e, por último, sete Estados nunca entregaram um relatório para avaliação da Comissão³². Apenas 15% dos Estados parte são cumpridores deste mecanismo de controlo, em comparação com os 85% de Estados incumpridores. Estes números são preocupantes, na medida em que este sistema de controlo constitui a “espinha dorsal da missão da Comissão”³³, e podem ser interpretados como um desinteresse dos Estados no respeito pelos direitos humanos ao nível da União Africana (UA), ou mesmo como um sinal de descrédito nas instituições da UA.

1.3. O Tribunal de Justiça da União Africana

O Tribunal de Justiça da União Africana (TJUA) está previsto no Ato Constitutivo da União Africana, de 2000, como um órgão da União (artigo 5.º), remetendo para um Protocolo posterior a definição do seu estatuto, composição e funcionamento³⁴.

²⁹ Cf. artigo 50.º da CADHP.

³⁰ Cf. artigo 55.º, n.º 2, da CADHP.

³¹ Informação disponível em <http://www.achpr.org/states/> [02.09.2015].

³² Informação disponível em <http://www.achpr.org/states/> [02.09.2015].

³³ Cf. MARCOLINO MOCO, *Direitos Humanos e seus Mecanismos de Protecção...*, op. cit., p. 224.

³⁴ Artigo 18.º do Ato Constitutivo da União Africana.

O Protocolo relativo ao Tribunal da Justiça da União Africana viria a ser adotado três anos mais tarde, em Maputo. Instituiu o TJUA como “the principal judicial organ of the Union”³⁵, com jurisdição sobre todos os litígios que se prendem com a interpretação e aplicação do Ato Constitutivo da UA ou outro qualquer tratado desta organização ou dos seus órgãos, assim como disputas entre Estados, entre outros³⁶. O TJUA nunca esteve em atividade, apesar de o Protocolo de Maputo ter entrado em vigor em 2009³⁷, por ter sido ratificado por, pelo menos, 15 Estados³⁸.

1.4. O Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos

A criação do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos veio colmatar uma lacuna do sistema regional africano de proteção dos direitos humanos, ou seja, a ausência de um órgão jurisdicional para assegurar o respeito pelas disposições da Carta. A criação do TADHP é, inclusive, um aspeto no qual o sistema africano difere dos seus congéneres. E esta diferença reside no facto deste órgão ter sido criado por um protocolo à CADHP – Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos relativo ao Estabelecimento do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos –, enquanto, nos sistemas europeu e interamericano, o órgão jurisdicional foi previsto nos textos fundacionais³⁹. Este Protocolo foi adotado a 10 de junho de 1998 e entrou em vigor a 25 de janeiro de 2004. Este protocolo foi ratificado por 27 Estados, sendo que o mais recente país a ratificar este protocolo foi a República Árabe do Sahara Ocidental, em 2013⁴⁰.

Com a instalação do TADHP, o sistema regional africano ficou dotado de um órgão jurisdicional de carácter permanente, com competências consultiva⁴¹ e

³⁵ Artigo 2.º, n.º 2, do Protocolo relativo ao Tribunal de Justiça da União Africana.

³⁶ Cf. artigo 19.º do Protocolo relativo ao Tribunal de Justiça da União Africana.

³⁷ Informação disponível em <http://www.au.int/en/treaties> [07.09.2015].

³⁸ Informação disponível em <http://www.au.int/en/sites/default/files/Court%20of%20Justice.pdf> [07.09.2015].

³⁹ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi criado pelo artigo 19.º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos foi criado pelo artigo 52.º da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos.

⁴⁰ Informação disponível em http://www.au.int/en/sites/default/files/achpr_1.pdf [08.09.2015].

⁴¹ Emissão de pareceres sobre uma questão jurídica relativa à interpretação da CADHP ou qualquer outro instrumento jurídico de direitos humanos de que o Estado seja subscritor. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, op. cit., p. 309.

contenciosa, direta⁴² e indireta⁴³. O TADHP tem jurisdição sobre os Estados que são parte do Protocolo à CADHP, que atualmente perfaz 24 Estados⁴⁴. A execução das suas sentenças é obrigatória, de acordo com o artigo 30.º do Protocolo. A relação do TADHP com a Comissão é complementar⁴⁵.

A jurisprudência produzida por este Tribunal ainda é reduzida, ao qual não é alheio o facto de este órgão ser muito recente. O primeiro acórdão do TADHP, *Michelot Yogombaye v. the Republic of Senegal*, foi proferido em 2009 e, atualmente, o TADHP conta com 24 processos concluídos⁴⁶. Apesar da instalação recente do TADHP, encontra-se em discussão uma proposta de fusão do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos com o Tribunal de Justiça da União Africana (TJUA), criando uma superestrutura judicial no continente africano.

2. O Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos

A ideia de uma fusão do Tribunal de Justiça da União Africana com o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos não é propriamente recente. O assunto terá sido discutido, em 2003, aquando da redação do Protocolo do Tribunal de Justiça da União Africana, sem sucesso⁴⁷. Só dois anos mais tarde, na 5.ª sessão ordinária da Assembleia da União Africana, foi decidida a redação de um instrumento jurídico relativo à fusão do TJUA com o TADHP, dando origem a um “tribunal unificado”⁴⁸. Na 7.ª sessão ordinária, em julho de 2006, a *Decisão*

⁴² No caso da competência contenciosa direta, o Estado que tiver reconhecido através de uma declaração adicional, a jurisdição do TADHP para apreciar as petições individuais, neste caso os indivíduos e as ONG podem submeter diretamente petições ao TADHP, sem ser necessário que o caso passe pela CmADHP. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, op. cit.*, pp. 309 - 310.

⁴³ No caso da competência contenciosa indireta, a apreciação de uma queixa de violação dos direitos da CADHP é decidida pela CmADHP, que remete o caso para o TADHP, sem que os indivíduos ou ONG's tenham acesso direto a este último. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito Internacional dos Direitos Humanos, op. cit.*, p. 309.

⁴⁴ Informação disponível em <http://www.achpr.org/instruments/court-establishment/> [02.09.2015].

⁴⁵ Cf. artigo 2.º do Protocolo. O TADHP vem complementar a Comissão, mas continua a ser responsabilidade exclusiva desta última a promoção dos direitos humanos, assim como a apreciação dos relatórios periódicos dos Estados. No entanto, Frans Viljoen alerta para a necessidade de reduzir os riscos de sobreposição entre estes dois órgãos. Cf. FRANS VILJOEN, *International Human Rights Law in Africa, op. cit.*, p. 437.

⁴⁶ Informação disponível em <http://www.african-court.org/en/index.php/2012-03-04-06-06-00/all-cases-and-decisions> [31.08.2015].

⁴⁷ Cf. FRANS VILJOEN, *International Human Rights Law in Africa, op. cit.*, p. 457.

⁴⁸ Assembly/AU/Dec.83 (V), disponível em http://www.au.int/en/sites/default/files/ASSEMBLY_PO_4_5_JULY_2005_AUC_FIFTH_ORDINARY_SESSION_DECISIONS_DECLARATIONS_%20AND_RESOLUTION.pdf [02.09.2015].

sobre o instrumento único para a fusão do Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos e o Tribunal de Justiça da União Africana – Doc.EX.CL/253 (IX) solicitava uma reunião de ministros para análise do Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal de Justiça e Direitos Humanos⁴⁹, texto que viria a ser adotado a 1 de julho de 2008.

2.1. O Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e dos Direitos Humanos

A economia de recursos é um dos fortes argumentos em prol da fusão do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos e do Tribunal de Justiça da União Africana⁵⁰. Um Tribunal unificado de Justiça e de Direitos Humanos permitiria a economia de recursos humanos e materiais⁵¹. O Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e dos Direitos Humanos (Protocolo de Sharm El-Sheikh, de 2008) vem substituir os Protocolos de 1998 e de 2003, que instituem, respetivamente, o TADHP e o TJUA⁵². Mas a criação deste tribunal está envolta em alguma apreensão, não apenas da Comunidade Internacional exterior a África, como também por parte dos Estados Africanos⁵³, que parecem demonstrar falta de vontade política na instalação deste tribunal⁵⁴.

Os académicos têm reafirmado que a fusão entre os dois tribunais não pode derivar num enfraquecimento da política de direitos humanos que tem sido cimentada, quer pela Comissão, quer pelo TADHP⁵⁵. A Amnistia Internacional, aponta Michelo Hansungule, “openly castigated the idea and accused the

⁴⁹ Assembly/AU/Dec.118 (VII), disponível em http://www.au.int/en/sites/default/files/ASSEMBLY_PO_01_JULY_03_JULY_2006_AUC_SEVENTH_ORDINARY_SESSION_DECISIONS_DECLARATIONS.pdf [02.09.2015].

⁵⁰ Cf. FRANS VILJOEN, *International Human Rights Law in Africa*, cit., p. 457.

⁵¹ Cf. MICHAEL OGWEZZY, “Challenges and prospects of the African Court of Justice and Human Rights”, in *Jimma University Journal of Law*, vol. 6, 2014, p. 2, disponível em <http://ju.edu.et/jl/sites/default/files/1%20Qgwezzzy%20M.C..pdf> [11.09.2015].

⁵² Artigo 2.º do Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos.

⁵³ Atente-se, por exemplo, ao facto de o Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos ter sido assinado por 30 Estados, dos quais apenas cinco ratificaram este texto. Cf. http://www.au.int/en/sites/default/files/Protocol%20on%20Statute%20of%20the%20African%20Court%20of%20Justice%20and%20HR_0.pdf [07.09.2015].

⁵⁴ Cf. FRANS VILJOEN, “AU Assembly should consider human rights implications before adopting the Amending Merged African Court Protocol”, in *Africlaw*, edição de 23 de maio de 2012, disponível em <http://africlaw.com/2012/05/23/au-assembly-should-consider-human-rights-implications-before-adopting-the-amending-merged-african-court-protocol/> [07.09.2015].

⁵⁵ Cf. FRANS VILJOEN, “AU Assembly should consider human rights implications...”, cit.

AU of renegeing on its commitment to provide a strong human rights court⁵⁶.

O protocolo de Sharm El-Sheikh omite, no nome do tribunal unificado, a referência aos direitos dos povos, o que poderia indiciar um desinvestimento nestes direitos⁵⁷. No entanto, o texto sofreu duas emendas, em 2012 e em 2014. O projeto do Protocolo sobre as Alterações ao Protocolo sobre o Estatuto do TAJDH de 2012 (Protocolo de Adis Abeba) recupera, no artigo 8.º, o elemento característico do sistema africano e estabelece que o tribunal unificado deve denominar-se *Tribunal Africano de Justiça e dos Direitos Humanos e dos Povos*. A jurisdição deste tribunal compreende a interpretação e implementação de todos os tratados da UA⁵⁸. Em fevereiro de 2014, este texto tinha sido ratificado por apenas cinco Estados⁵⁹. É com o Protocolo de Adis Abeba que se inclui, entre outras, uma emenda que introduz uma nova secção no TAJDH com competência para julgar crimes internacionais.

2.2. A competência para julgar crimes internacionais

Na reunião de Ministros da Justiça da União Africana, que teve lugar em maio de 2012, foram aprovadas emendas ao Protocolo de Sharm El-Sheikh, de 2008, que introduzem uma nova secção com competência para apreciar casos de crimes internacionais. O projeto do Protocolo sobre as Alterações ao protocolo sobre o Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos (Protocolo de Adis Abeba, de 2012) refere que “[t]he Court shall have three (3) Sections: a General Affairs Section, a Human and Peoples Rights Section and an International Criminal Law Section”⁶⁰.

O Protocolo de Adis Abeba prevê, no artigo 28.ºA, com a epígrafe “International Criminal Jurisdiction of the Court”, que o TAJDH tenha a competência para julgar os seguintes crimes graves: genocídio; crimes contra a humanidade; crimes de guerra; crime de mudança inconstitucional de governo; pirataria; terrorismo; mercenarismo; corrupção; lavagem de dinheiro; tráfico de pessoas;

⁵⁶ Cf. MICHELO HANSUNGULE, “African courts and the African Commission on Human and People’s Rights”, in Anton Bösl e Joseph Diescho (eds.), *Human Rights in Africa: Legal Perspectives on their Protection and Promotion*, Windhoek, Macmillan Education Namibia, 2009, p. 236, disponível em http://www.kas.de/wf/doc/kas_16347-1522-1-30.pdf?090718165233 [07.09.2015].

⁵⁷ Cf. MICHELO HANSUNGULE, “African courts and the African Commission...”, *op. cit.*, p. 240.

⁵⁸ Cf. artigo 28.º do Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos.

⁵⁹ A tabela de ratificações disponibilizada pela União Africana é relativa ao Protocolo adotado a 1 de julho de 2008. Informação disponível em http://www.au.int/en/sites/default/files/Protocol%20on%20Statute%20of%20the%20African%20Court%20of%20Justice%20and%20HR_0.pdf [10.09.2015].

⁶⁰ Cf. artigo 16.º, n.º 1, do projeto do Protocolo sobre as Alterações ao Protocolo o Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos.

tráfico de drogas; tráfico de resíduos perigosos; de exploração ilícita de recursos naturais e; crime de agressão. Todos os crimes são tipificados nos artigos seguintes 28.ºB a 28.ºM, inclusive.

Ora, o que se depreende da leitura deste projeto de Protocolo é a formação de um Tribunal Penal Regional africano, com competência para julgar os mesmos crimes que os previstos no Estatuto de Roma relativo ao Tribunal Penal Internacional. Tim Mirithi afirma que a criação do TAJDH pretende “essentially to establish a Pan-African criminal court with the same mandate as the ICC, thereby seeking to circumvent all future ICC interventions on the African continent”⁶¹. A relação entre o TAJDH e o Tribunal Penal Internacional não está prevista, nem clarificada, no Estatuto em discussão. O texto apenas refere que o TAJDH é complementar aos tribunais nacionais e aos tribunais de justiça das comunidades económicas regionais⁶². Não está definido qual o Tribunal – TAJDH ou TPI – que julgará um crime internacional no caso de o Estado ser subscritor de ambos os estatutos. Ao contrário do TPI, o TAJDH não é uma organização internacional, nem a sua independência está clara, na medida em que se encontra sob o controlo da União Africana.

Na 23.ª sessão ordinária da Assembleia da União Africana, na Guiné Equatorial, em 2014, foram aprovadas novas emendas ao Protocolo de 2008. Entre elas salientamos o artigo 46.º A *bis*, que concede imunidade aos líderes africanos atualmente no exercício das suas funções. O artigo 46.º A *bis* define o seguinte:

No charges shall be commenced or continued before the Court against any serving AU Head of State or Government, or anybody acting or entitled to act in such capacity, or other senior state officials based on their functions, during their tenure of office.

Podemos assim depreender que o TAJDH não vai iniciar nenhuma investigação por crimes graves cometidos por chefes de Estado africanos em exercício. Nem mesmo quando os casos forem referidos ao Procurador pelo Conselho de Paz e Segurança da UA, ou Estado parte do Protocolo, ou qualquer outra forma prevista no artigo 46.º F (Exercise of Jurisdiction) do projeto de Protocolo. Desta forma, e como alerta a Amnistia Internacional, o TAJDH está impedido de exercer a sua jurisdição nestes casos e deixa em aberto o caminho para a impu-

⁶¹ Cf. TIM MIRITHI, “The African Union and the International Criminal Court: An embattled relationship?”, in *The Institute for Justice and Reconciliation*, n.º 8, 2013, p. 7, disponível em <http://www.ijr.org.za/publications/pdfs/IJR%20Policy%20Brief%20No%208%20Tim%20Miruthi.pdf> [11.09.2015].

⁶² Cf. artigo 46.º H do projeto do Protocolo sobre as Alterações ao Protocolo o Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos.

nidade⁶³. A confirmar-se a aprovação do Protocolo de Malabo nestes moldes, o artigo 46.º *A bis* é contrário ao espírito do Ato Constitutivo da União Africana, nomeadamente ao seu artigo 4.º, que define como princípios da União, entre outros, o respeito pelos princípios democráticos, os direitos humanos, a boa governação e ainda o respeito pela santidade da vida humana⁶⁴.

Frans Viljoen aponta vários aspetos negativos em relação à jurisdição do TAJDH para julgar crimes graves. Em primeiro, salienta a incompatibilidade dos mandatos, ou seja, as diferenças entre os tribunais com competência para julgar a responsabilidade dos Estados em violações de direitos fundamentais e, por outro lado, os tribunais que têm a competência para apurar as responsabilidades individuais pela prática de crimes graves⁶⁵. A este facto soma-se a escassez de recursos humanos especializados, nomeadamente magistrados, na medida em que é adicionada nova secção ao TAJDH, mas quer o Protocolo de Adis Abeba, quer o Protocolo de Malabo não preveem a eleição de mais do que os 16 juízes já previstos no protocolo de 2008⁶⁶. O TADHP e o TJUA juntos totalizam 22 juízes⁶⁷, mas o tribunal que resultará da sua fusão apresenta menos seis. Se este número está em conformidade com a política de poupança de recursos da União Africana, também é certo que a redução dos recursos humanos pode condenar o TAJDH “to become an empty and ineffectual shell”⁶⁸. Atendendo, por um lado, que será adicionada uma terceira secção de Crimes Internacionais e, por outro, que as experiências precursoras – os tribunais penais *ad hoc* – mostram que são órgãos que consomem muitos recursos materiais e humanos, então podemos concluir que o Tribunal unificado africano poderá estar condenado a ser uma experiência desastrosa e ineficaz na garantia dos direitos humanos.

Outro aspeto que o autor salienta prende-se com a possível não adesão dos Estados africanos ao Protocolo de Malabo, principalmente por este prever uma secção para Crimes Internacionais⁶⁹. Os Estados podem não estar dispo-

⁶³ Cf. Amnistia Internacional, “Open letter to the Heads of State and Government of the African Union”, 19 de junho de 2014, disponível em <http://www.amnesty.org/fr/library/asset/AFR01/012/2014/fr/5984bd20-8d1f-4c36-b892-41d054a7d9ee/afr010122014en.pdf> [11.09.2015].

⁶⁴ Cf. “Call for African States to reject immunity for serious crimes by African civil organizations and international organizations with a presence in Africa”, disponível em http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/Group%20Declaration%20on%20Immunity%20and%20African%20Court%20August%202014.pdf [11.09.2015].

⁶⁵ Cf. FRANS VILJOEN, “AU Assembly should consider human rights implications...”, *cit.*

⁶⁶ Cf. FRANS VILJOEN, “AU Assembly should consider human rights implications...”, *cit.*

⁶⁷ Cf. artigo 11.º do Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos povos relativo ao Estabelecimento do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos e o artigo 3.º do Protocolo relativo ao Tribunal de Justiça da União Africana, respetivamente.

⁶⁸ Cf. FRANS VILJOEN, “AU Assembly should consider human rights implications...”, *cit.*

⁶⁹ Cf. MICHAEL OGWEZZY, “Challenges and prospects of the African Court of Justice and Human Rights”, *op. cit.*, p. 20.

níveis para aceitar sujeitar-se à jurisdição de um tribunal desta natureza, o que o autor denomina como um tribunal “all-or-nothing”⁷⁰, não se vinculando ao Protocolo. Inclusive, com a previsível extinção do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, os Estados que haviam subscrito o Protocolo à Carta Africana relativa ao Estabelecimento do TADHP ficariam desvinculados deste instrumento sem manchar a sua imagem junto dos parceiros internacionais⁷¹, na medida em que não há obrigatoriedade de adesão ao novo texto. Em todo o caso, refira-se que os artigos 6.º (casos pendentes) e 6.º**bis** (jurisdição temporária) do Protocolo ao Estatuto do TAJDH, são claros em afirmar que os Estados sobre os quais estejam a decorrer casos nos atuais TADHP e TJUA, não é requerida a ratificação do protocolo do TAJDH. Na medida em que aceitaram a jurisdição do Tribunal que será extinto (de Justiça ou de Direitos Humanos), esta é válida para o novo Tribunal em funcionamento⁷², até à ratificação do Protocolo do TAJDH ou, caso tal não se verifique, previsivelmente pelo tempo em que decorre o caso.

Conclusões

É inegável que o sistema africano de proteção dos direitos humanos está em transformação. A génese deste sistema não se assemelha à dos seus congéneres, quer pela criação e funcionamento dos órgãos que o compõe, quer, mais recentemente, pela previsão de fusão de tribunais, facto que é inédito.

Pretendemos refletir sobre o possível impacto que a fusão do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos com o Tribunal de Justiça da União Africana terá na proteção futura dos direitos humanos no continente. E consideramos que há razões para acompanhar com atenção o processo de negociação e posterior instalação do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos. Parece-nos evidente, pela análise do projeto do Protocolo sobre as Alterações ao Protocolo o Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos, que há alguns aspetos do texto em discussão que fazem temer retrocessos na proteção dos direitos humanos e dos povos em África.

A redução evidente do número de juizes que constituem o TAJDH, com a previsão de três secções (assuntos gerais, direitos humanos e crimes internacionais), pode conduzir a uma justiça mais lenta do TAJDH ou mesmo à paralisação deste órgão. Este facto pode ser um retrocesso em relação ao caminho já lavrado pelo Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, que tem

⁷⁰ Cf. FRANS VILJOEN, “AU Assembly should consider human rights implications...”, *cit.*

⁷¹ Cf. FRANS VILJOEN, “AU Assembly should consider human rights implications...”, *cit.*

⁷² Cf. FRANS VILJOEN, “AU Assembly should consider human rights implications...”, *cit.*

tido um papel muito ativo na salvaguarda dos direitos e deveres elencados na CADHP.

A ratificação do Protocolo sobre o Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos também levanta algumas reservas. Isto porque os Estados têm uma oportunidade de se desvincular do Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos relativo ao Estabelecimento do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos – que, saliente-se, já não colheu tantas ratificações quantas as da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos –, sem aderir ao protocolo do novo tribunal unificado. Se o Protocolo ao Estatuto do TAJDH não entrar em vigor, por força da inexistência de 15 ratificações, então o sistema de proteção africano mantém-se tal como o conhecemos. Mas se, por outro lado, este for ratificado por um número mínimo de Estados (15), então o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos será desmantelado e os Estados subscritores estarão livres da jurisdição do mesmo, apenas podendo ser remetidas comunicações à Comissão Africana de Direitos Humanos contra estes Estados, que atua sem caráter vinculativo.

Por último, a previsão de uma secção competente para julgar crimes internacionais merece um acompanhamento cuidado. Não apenas pelo facto de o TAJDH ter a jurisdição sobre os mesmos crimes que o TPI, o que pode originar conflitos de jurisdição entre estes dois órgãos, mas também porque uma secção de crimes internacionais é particularmente exigente em termos de recursos económicos e humanos, recursos esses de que a União Africana não dispõe. Na medida em que não está previsto um acréscimo do número efetivo de juízos que compõem o TAJDH com a adição desta secção, a possibilidade de este órgão paralisar por falta de recursos é real. E esta paralisação afetaria todas as três secções do tribunal, o que poderá comprometer a efetivação de uma justiça célere e imparcial pelo TAJDH.

OS DIREITOS DAS MULHERES EM MARROCOS APÓS A "PRIMAVERA ÁRABE"

*Rute Baptista*¹

Na última década do século XX, por força das lutas de associações femininas e graças à vontade régia, Marrocos iniciou um caminho firme em direção à promoção dos direitos das mulheres. Na esfera pública, áreas tradicionalmente reservadas aos homens, como a política ou a religião, foram abertas à participação feminina². No entanto, a maior conquista marroquina no que toca à promoção da igualdade de género aconteceu na esfera privada da vida das mulheres, com a aprovação de um novo Código da Família que lhes conferiu uma maior proteção e uma maior igualdade entre cônjuges. Esta reforma legislativa, aclamada tanto por países ocidentais como por países muçulmanos, foi vista como uma das maiores conquistas no mundo islâmico e um modelo para as sociedades muçulmanas³.

Em março de 2011, em reação às manifestações marroquinas da “Primavera Árabe”, o Rei Mohammed VI procedeu à revisão da Lei Fundamental daquele país. A nova Constituição veio, logo no seu preâmbulo, afirmar o seu combate contra todas as discriminações – nomeadamente a discriminação em razão do género – consagrando, entre outras medidas, a proteção constitucional da igualdade de género, a criação da Autoridade para a Igualdade e para a Luta contra Todas as Formas de Discriminação, a realização da paridade enquanto

¹ Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho e Assistente Convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho.

² Cf. MERIEM EL HAITAMI, “Women in Morocco: Political and religious power”, *Open Democracy*, 2013, consultado em <http://www.opendemocracy.net> [20.08.2015].

³ Cf. Aujour'd'hui, Le Maroc, “Réforme du Code de la famille au Maroc: Un modèle pour les sociétés musulmanes”, consultado em <http://www.aujourd'hui.ma/aufildesjours-details72564.html> [24.05.2010].

tarefa a cargo do Estado e a imposição de uma representação de mulheres magistradas na composição do Conselho Superior do Poder Judicial⁴. Nas eleições legislativas de novembro de 2011, e na senda do que acontecia em outros países do Norte de África que também viveram as manifestações populares da primavera de 2011, um partido islamista moderado, o “Parti de la Justice et du Développement”, ascendeu ao Governo. Tal facto fez surgir receios de retrocessos quanto aos direitos das mulheres⁵.

Este artigo pretende apresentar um breve enquadramento dos direitos das mulheres no momento da primeira manifestação da “Primavera Árabe” em Marrocos, comparando-o com o atual estado de coisas, de forma a verificarmos que mudanças trouxeram tais manifestações populares ao panorama da igualdade de género em Marrocos.

1. Os movimentos femininos e feministas e os direitos das mulheres em Marrocos desde os anos 1990 até à primeira manifestação da “Primavera Árabe”

Marrocos tem vivido, desde a última década do século XX, um processo democrático que conduziu, entre outras conquistas, à promoção dos direitos das mulheres muçulmanas marroquinas. Esta conquista deve-se, em grande medida, a duas importantes forças naquele país: as associações de mulheres e o poder régio.

Os movimentos femininos e feministas tiveram um grande protagonismo na história recente de Marrocos, sobretudo na conquista de direitos para as mulheres marroquinas. As primeiras reivindicações femininas remontam aos primeiros anos após a independência marroquina face ao protetorado francês. Aliás, a primeira associação feminina, a União Progressista de Mulheres Marroquinas, nasceu em 1962. Esta associação, composta por mulheres operárias, avançou, logo na sua criação, com as seguintes reivindicações: justiça, liberdade política e económica, democracia, melhoria das condições de trabalho, o reconhecimento do justo lugar das mulheres marroquinas no reino de Marrocos e a luta pela igualdade de género e não discriminação. Nos anos seguintes, várias associações femininas foram criadas: a União Nacional das Mulheres Marroquinas⁶, em 1969, a Associação Marroquina para a Defesa dos Direitos Huma-

⁴ Cf. artigos 19.º, 164.º e 115.º da Constituição marroquina.

⁵ Cf. HEIDI BASCH-HAROD, “Uncertainty for the future of the Moroccan women’s movement”, *Open Democracy*, 2012, consultado em <http://www.opendemocracy.net> [20.08.2015].

⁶ Lalla Aïcha, irmã do Rei Hassan II, foi a Presidente Honorária desta associação. Esta associação foi acolhida pelo Governo de então, os seus estatutos foram redigidos por uma comissão real e ela

nos⁷, em 1979, a Associação Democrática das Mulheres Marroquinas, em 1985, a União de Ação Feminina, em 1987, a Associação Marroquina dos Direitos das Mulheres e a Associação Marroquina das Mulheres Progressistas, em 1992, entre outras.

Na década de 1980, devido a uma grave crise económica nacional, que teve um grande impacto na vida quotidiana das mulheres e que provocou um aumento das discriminações em razão do género⁸, as associações femininas apelaram à interdição da poligamia, ao registo dos casamentos⁹, ao salário igual para trabalho igual, a uma maior proteção das mulheres na maternidade¹⁰, à escolarização das mulheres e à eliminação da discriminação de género patente nos manuais escolares¹¹. Apresentaram, ainda, um projeto de reforma do Código da Família – a *Moudawana* – tendo por base um novo *ijtihad*¹².

Durante os anos 1990, as associações prosseguiram a sua luta, apresentando uma petição para a reforma da *Moudawana*¹³ onde constava a abolição do tutor matrimonial, o reconhecimento da plena capacidade das mulheres aos 21 anos, a responsabilidade conjunta dos cônjuges no seio familiar – ao invés de esta caber apenas ao marido –, o direito das mulheres à guarda dos filhos e ao domicílio conjugal em caso de divórcio, o direito inalienável ao ensino e ao trabalho, a abolição da poligamia ou o seu controlo judicial. Afirmava-se, nesta petição, a necessidade de uma nova interpretação dos preceitos constantes no Código da Família à luz dos direitos humanos, da justiça e da igualdade¹⁴. O impacto de tais reivindicações foi brutal e imediato na comunidade, surgindo um pouco por todas as cidades marroquinas reuniões e encontros, de mulheres e homens, para discutir a petição¹⁵. Ainda na década de 1990, foi criado o Comité Nacional para a Participação das Mulheres na Vida Política, que exigia, para além da introdução de quotas femininas nas listas de candidatas às eleições, uma reforma da Constituição que permitisse reforçar a igualdade de género, consagrar a primazia do Direito internacional sobre o Direito interno e criar um

foi reconhecida como uma associação de utilidade pública. Cf. ZAKYA DAOUD, *Féminisme et Politique au Maghreb*, Casablanca, Éditions Eddif, 1993, p. 277.

⁷ Esta associação foi criada com o objetivo de transmitir conhecimentos básicos de higiene e Direito às mulheres marroquinas.

⁸ Cf. ZAKYA DAOUD, *Féminisme et Politique...*, op. cit., p. 307.

⁹ Cf. ZAKYA DAOUD, *Féminisme et Politique...*, op. cit., p. 304.

¹⁰ Cf. ZAKYA DAOUD, *Féminisme et Politique...*, op. cit., pp. 314-315.

¹¹ Cf. ZAKYA DAOUD, *Féminisme et Politique...*, op. cit., p. 319.

¹² *Ijtihad* é o termo islâmico que se refere ao esforço interpretativo jurídico das fontes da Lei Islâmica – o Alcorão e a *Sunna*. Cf. ZAKYA DAOUD, *Féminisme et Politique...*, op. cit., pp. 314-315.

¹³ Cf. ZAKYA DAOUD, *Féminisme et Politique...*, op. cit., pp. 333-334.

¹⁴ Cf. ZAKYA DAOUD, *Féminisme et Politique...*, op. cit., pp. 333-334.

¹⁵ Cf. ZAKYA DAOUD, *Féminisme et Politique...*, op. cit., pp. 333-334.

tribunal constitucional que garantisse, durante a produção legislativa, o respeito pela Constituição marroquina¹⁶. Tais exigências não foram, todavia, acolhidas.

Apesar de a petição para a reforma do Código da Família ter sido ferozmente contestada pelos *Ulama*¹⁷ – tendo mesmo lançado duas *fatwas*¹⁸ sobre as feministas –, o Rei Hassan II recebeu as representantes das associações de mulheres e criou uma comissão de juristas islâmicos para avaliarem a proposta de reforma apresentada¹⁹. Em 1993, a *Moudawana* foi finalmente alvo de uma reforma. Todavia, tal reforma foi considerada insuficiente pelas associações de mulheres²⁰, pelo que as reivindicações femininas continuaram.

Em 1999, um novo Governo marroquino apresentou o PANIFD (Plano de Ação para a Integração da Mulher no Desenvolvimento), que propunha reformas na Lei Penal, no Código da Nacionalidade e na *Moudawana*. Tais reformas legislativas seriam conduzidas em respeito pelo princípio da igualdade de género e recorrendo ao *ijtihad*²¹. Todavia, e uma vez mais, os *Ulama*, os islamistas e o Ministério dos *Habous* foram contra tais iniciativas de reforma, promulgando novas *fatwas* contras as associações de mulheres, acusando-as de apostasia e de ateísmo²². O Governo marroquino cedeu a tais contestações conservadoras e abandonou o PANIFD. As reformas legislativas propostas pelo Plano de Ação para a Integração da Mulher no Desenvolvimento acabariam por ser retomadas após a ascensão de Mohammed VI ao trono, em 1999.

O novo Rei marroquino, sensível à luta das mulheres marroquinas por mais direitos e direitos mais iguais aos dos homens, e consciente de que um maior respeito pelos direitos humanos naquele país poderia promover as relações políticas e económicas com os países ocidentais, acentuou, num discurso após a sua entronização, o importante papel das mulheres, afirmando que um

¹⁶ Cf. ZAKYA DAOUD, *Féminisme et Politique...*, *op. cit.*, p. 334.

¹⁷ *Ulama* – Plural de *Alem* ou *Alim*, eruditos, doutores da Lei Islâmica, detentores de aprofundados conhecimentos em matéria religiosa.

¹⁸ *Fatwa* quer designar parecer sobre a matéria de Direito e aplica-se, no Islão, a todas as questões civis ou religiosas. Cf. B. LEWIS, C. PELLAT, J. SCHACHT (eds.), *Encyclopaedia of Islam*, vol. 2, Leiden, E. J. Brill, 1991, p. 866. No caso em apreço, uma das *fatwas* apelava à *jihad* contra as mulheres que apresentaram a proposta de revisão da *Moudawana* e a outra solicitava ao Estado que sancionasse todos aqueles que atentassem contra a fé islâmica num Estado islâmico. Cf. ZAKYA DAOUD, *Féminisme et Politique...*, *op. cit.*, p. 331.

¹⁹ Cf. ZAKYA DAOUD, *Féminisme et Politique...*, *op. cit.*, pp. 343, 344.

²⁰ Cf. MALIKA BENRADI, "Genre et Droit de la Famille: Les droits des femmes dans la Moudawana. De la révision de 1993 à la réforme de 2003", in Houria Alami M' Chichi *et al.* (orgs.), *Féminin-Masculin*, Fez, Friedrich Ebert Stiftung, 2004, pp. 32-38.

²¹ Cf. ZIBA MIR-HOSSEINI, "How the door of *ijtihad* was opened and closed: A comparative analysis of recent Family Law reforms in Iran and Morocco", in *64 Washington & Lee Law Review*, 2007, p. 1508.

²² Cf. ZIBA MIR-HOSSEINI, "How the door of *ijtihad* was opened...", *op. cit.*, p. 1508.

país não poderá esperar alcançar progressos se as mulheres, que constituem metade da sociedade marroquina, continuarem a ver os seus interesses ignorados apesar de o Islão lhes conferir o direito à dignidade e equidade e após terem atingido o mesmo nível de competência científica e profissional que os homens²³. A promoção dos direitos das mulheres em Marrocos ganhou, a partir de 1999, um novo fôlego. As reformas legislativas e as medidas políticas desenvolvidas tocaram as duas esferas das vidas das mulheres muçulmanas marroquinas: a esfera pública e a esfera privada.

Na esfera pública das mulheres, a promoção dos seus direitos resultou de várias medidas políticas, como por exemplo: a criação do Ministério Delegado para a Condição Feminina, Família, Infância e Integração de Pessoas Portadoras de Deficiência²⁴, em 2000; a criação do Centro Marroquino de Informação, Documentação e Estudos sobre a Mulher²⁵, em 2004; o “Orçamento-Género”²⁶, em 2005; a formação de mulheres Imãs, *Morchidates*, pelo Ministério dos Assuntos Islâmicos e a inclusão de mulheres nos Conselhos dos *Ulama*, em 2005²⁷; o trabalho desenvolvido pelo Departamento de Justiça na identificação das discriminações jurídicas contidas nos textos e na luta pelo estabelecimento da paridade de género dentro do Departamento²⁸; a reserva de 30% dos lugares para mulheres nas listas nacionais dos partidos para as eleições legislativas de 2007²⁹; a adoção de uma estratégia nacional para a equidade e igualdade entre sexos em 2006³⁰; a abolição de estereótipos de identidade de género dos manuais escolares; a circular do Primeiro-Ministro, difundida em 2007 junto de todos os departamentos do Estado, que solicitava a integração das questões de igualdade

²³ Discurso do Rei Mohammed VI na abertura do 2.º ano legislativo da 7.ª legislatura, consultado em <http://www.maroc.ma/fr/discours-royaux/discours-de-sm-le-roi-mohammed-vi-lors-de-louverture-de-la-2ème-année-législative-de> [30.12.2015].

²⁴ Este Ministério Delegado estava sob a alçada do Ministério do Emprego, Formação Profissional e Desenvolvimento Social e Solidariedade. Dois anos mais tarde, este Ministério foi suprimido e as questões relativas às mulheres passaram para a alçada da Secretaria de Estado do Ministério do Emprego, dos Assuntos Sociais e da Solidariedade, que teria a seu cargo as questões relativas à Família, Infância e Integração de Pessoas Portadoras de Deficiência. Cf. EUROMED, *Rapport National d'Analyse de la Situation: Droits Humains des Femmes et Egalité entre les Sexes*, p. 28, consultado em <http://www.euromedgenderequality.org> [30.12.2015].

²⁵ Cf. EUROMED, *Rapport National...*, *op. cit.*, p. 28.

²⁶ Em 2005, foi criado o “Orçamento-Género” que visava a implementação de medidas com vista à promoção da igualdade de género nos vários ministérios e entidades públicas. Cf. EUROMED, *Rapport National...*, *op. cit.*, p. 7.

²⁷ Cf. EUROMED, *Rapport National...*, *op. cit.*, p. 55.

²⁸ Cf. EUROMED, *Rapport National...*, *op. cit.*, p. 15.

²⁹ Cf. ENSEMBLE POUR L'ÉGALITÉ, “Maroc”, consultado em <http://www.womenpoliticalparticipation.org/upload/file/elec/fr/mar.pdf> [02.10.2010].

³⁰ Cf. EUROMED, *Rapport National...*, *op. cit.*, p. 7.

de género nas suas políticas, planos e ações³¹; o estabelecimento de listas suplementares para as eleições municipais de forma a garantir quotas de 12% de mulheres nos conselhos municipais³². Ainda na esfera pública, mas em resultado de mudanças legislativas, as mulheres assistiram a grandes alterações no leque dos seus direitos com a reforma do Código do Trabalho, em 2003. Esta lei passou a proibir a discriminação fundada no género, consagrou o direito das mulheres (casadas ou não) a celebrar um contrato de trabalho e a filiar-se num sindicato, concedeu-lhes o direito a uma igual remuneração à dos seus colegas homens e sancionou o assédio sexual no local de trabalho, considerando-o uma falta grave do empregador ou chefe³³.

Na esfera privada das mulheres, duas reformas legislativas representaram as medidas mais importantes na promoção dos direitos das mulheres marroquinas, vindo dar resposta às exigências das associações femininas e feministas: a reforma do Código Penal e a reforma do Código da Família. No âmbito da Lei Criminal, as alterações neste diploma concederam uma maior proteção às mulheres relativamente às discriminações fundadas no género. De entre as mudanças mais importantes, destacamos: a penalização da violência física contra os descendentes, tutores ou cônjuge³⁴; o agravamento da pena para os crimes cometidos entre cônjuges quando o culpado for reincidente³⁵; a criminalização da discriminação³⁶; a revogação da norma que proibia a mulher de interpor uma ação civil contra o marido sem autorização prévia do Ministério Público³⁷; a supressão da obrigação de os médicos observarem o segredo pro-

³¹ Cf. EUROMED, *Rapport National...*, *op. cit.*, p. 33.

³² O resultado desta medida foi extraordinário: de 20 558 candidatas, 3 408 mulheres foram eleitas para o lugar de conselheiras municipais, o que significou um aumento na ordem dos 250% relativamente às eleições municipais de 2003. Cf. BOUTHEINA GRIBAA, "État de situation de la participation de la femme à la vie politique en Algérie, au Maroc et en Tunisie", in AAVV, *Projet "Renforcement du leadership féminin et de la participation des femmes à la vie politique et au processus de prise des décisions en Algérie, au Maroc et en Tunisie" Etat de la situation*, p. 80, consultado em <http://www.awid.org/fre/Femmes-en-Action/Nouvelles-Ressources/Etat-de-la-situation-de-la-participation-de-la-femme-a-la-vie-politique-en-Algerie-au-Maroc-et-en-Tunisie> [20.11.2009].

³³ Cf. artigos 9.º, 40.º, 152.º e ss., e 327.º, n.º 3, do Código do Trabalho. Lei n.º 65-99 promulgada pelo *Dhair* n.º 1-03-194, de 11 de setembro de 2003.

³⁴ Cf. artigo 404.º do Código Penal marroquino, promulgado pelo *Dahir* n.º 1-59-413, de 5 de junho de 1963, com a redação dada pela Lei n.º 24-03, promulgada pelo *Dahir* n.º 1-03-207, de 11 de novembro de 2003.

³⁵ Cf. artigo 158.º do Código Penal marroquino.

³⁶ O atual Código Penal criminaliza as discriminações fundadas na nacionalidade ou origem social, na cor, no sexo, na situação familiar, no estado de saúde, num *handicap*, na opinião política, na pertença a um sindicato, na pertença suposta ou verdadeira a uma etnia, raça, religião ou nação. Cf. artigo 431-1.º do Código Penal marroquino.

³⁷ Cf. EUROMED, *Rapport National...*, *op. cit.*, p. 14.

fissional quando constatem, no exercício da sua profissão, indícios de violência entre cônjuges³⁸.

A reforma do Código da Família de 2004 conduziu, ao menos no plano do Direito, às maiores mudanças no panorama da igualdade de gênero em Marrocos. Destacamos, pela sua importância, as seguintes: a mulher, maior, pode exercer livremente o seu direito à tutela matrimonial (*wilaya*) sem necessidade do consentimento do seu pai ou, na falta deste, de outro elemento masculino da sua família³⁹; a idade mínima para o casamento passa a ser os 18 anos, para ambos os sexos⁴⁰; o contrato de casamento poderá conter condições cujo cumprimento será obrigatório para o cônjuge a quem são impostas⁴¹; a direção do lar caberá, agora, aos dois cônjuges e não apenas ao marido⁴²; o divórcio judiciário com base em conflitos insanáveis entre cônjuges (*chiqaq*), está agora ao alcance das mulheres⁴³. Apesar destas inovadoras normas, a Lei da Família marroquina continua a consagrar alguns institutos perçecionados como discriminadores em razão do gênero: a poligamia, o repúdio e a desigualdade sucessória em função do gênero. O Código da Família continuou a determinar que as filhas herdariam apenas metade do valor que os seus irmãos herdassem. No entanto, os direitos de sucessão das mulheres saem, ainda que indiretamente, reforçados. Os filhos de mãe pré-falecida passaram a poder herdar o património do seu avô materno⁴⁴. É necessário precisar, todavia, que tanto a prática da poligamia quanto o repúdio passaram, desde 2004, a estar sujeitos a diversas restrições com vista a conferir uma maior proteção às mulheres. A poligamia tem que ser aprovada por um tribunal perante o qual o marido terá que demonstrar, objetivamente, as razões de tal pedido e provar que tem meios financeiros para suportar os custos das várias famílias e que lhes poderá dar igual tratamento. A vontade da primeira mulher terá que ser revelada ante o tribunal e, se esta se opuser ao segundo casamento e considerar que será impossível manter a relação conjugal, é decretado o divórcio e fixada uma pensão de alimentos para si e para os seus filhos. A segunda espo-

³⁸ Cf. EUROMED, *Rapport National...*, *op. cit.*, p. 14.

³⁹ Cf. artigos 24.º e 25.º do Código da Família marroquina, Lei n.º 70-03, promulgada pelo *Dahir* n.º 4.1.22, de 3 de fevereiro de 2004.

⁴⁰ O casamento poderá ocorrer antes dos 18 anos. Todavia, tal ato necessita de autorização judicial. Cf. artigos 20.º e 22.º Código da Família marroquina.

⁴¹ De entre estas condições poderá figurar o regime de bens a vigorar durante o casamento ou a proibição da poligamia. Cf. artigos 47.º e 48.º Código da Família marroquina.

⁴² Cf. artigo 4.º do Código da Família marroquina.

⁴³ Cf. artigo 94.º do Código da Família marroquina. A análise da jurisprudência revela que os juízes têm feito uma interpretação extensiva da norma considerando ainda como razão de discórdia a falta de apoio financeiro do marido, a sua ausência do domicílio e a violência entre cônjuges. Cf. MALIKA BENRADI *et al.*, *Le Code de la Famille: Perceptions Juridiques et Pratique Judiciaire*, Fez, Friedrich Ebert Stiftung, 2007, p. 286.

⁴⁴ Cf. artigo 369.º do Código da Família marroquina.

sa terá conhecimento, através do tribunal, que o seu pretendente é casado⁴⁵. O repúdio (*talaq*) passou a ser controlado pelos tribunais e está ao alcance de ambos os cônjuges⁴⁶. Algumas exigências relativamente à prática do repúdio foram impostas para uma maior proteção das mulheres: aquele que pretender repudiar deverá apresentar o seu pedido perante um tribunal que irá tentar a conciliação dos esposos. Se a audiência conciliatória for infrutífera, o tribunal fixará uma compensação a ser dada pelo marido à esposa no prazo de 30 dias.

2. Os direitos das mulheres marroquinas após as manifestações da “Primavera Árabe”

No dia 20 de Fevereiro de 2011, teve lugar a primeira manifestação da “Primavera Árabe” em Marrocos. Após as sublevações populares em outros países do Norte de África, como a Tunísia, Egito e Líbia, o povo marroquino desceu às ruas e mostrou as razões do seu descontentamento: as taxas elevadas de desemprego entre os jovens e os comportamentos não democráticos de alguns dos que governam aquele país. Uma grande parte das reivindicações apelava a uma reforma constitucional que limitasse os poderes do Rei⁴⁷. As mulheres fizeram também parte das manifestações, exigindo uma maior igualdade de direitos entre os sexos e protestando contra as violências de género e desigualdades sociais e económicas⁴⁸.

A 9 de março de 2011, Mohammed VI respondeu aos pedidos de seu povo, anunciando a sua intenção de rever a Constituição e indicando os principais pontos da reforma constitucional. Entre estes contavam-se a proteção dos direitos humanos e das liberdades civis⁴⁹. Imediatamente, a 16 de março de 2011, foi criada a “Primavera Feminista para a Democracia e Igualdade”, uma aliança que reuniu 30 associações de direitos das mulheres e que apresentou um memorando contendo todas as suas reivindicações para a prometida reforma constitucional⁵⁰.

⁴⁵ Cf. artigos 40.º ao 46.º do Código da Família marroquino.

⁴⁶ Cf. artigos 78 e ss. do Código da Família marroquino.

⁴⁷ Cf. Y. A. AKDIM, “Ça ne fait que commencer...”, consultado em <http://telquel-online.com> [26.02.2011].

⁴⁸ Cf. MERIEM EL HAITAMI, “Women in Morocco: Political and religious power”, *cit.*; A. E. OUALL, “Maroc: Le Printemps arabe apporte peu pour les femmes”, consultado em http://www.ipsinternational.org/fr/_note.asp?idnews=6648 [04.03.2013].

⁴⁹ Cf. D. BENNANI, “Il l’a fait!”, consultado em <http://telquel-online.com> [03.06.2011].

⁵⁰ Cf. R. HAJJI, *Women After the Democratic Spring*, p. 1, consultado em <http://www.genderclearinghouse.org/upload/Assets/Documents/pdf/Morocco-Women-after-the-democratic-spring.pdf> [30.10.2015].

No dia 1 de julho de 2011, um novo texto constitucional conferindo uma maior proteção aos direitos das mulheres foi aprovado, por referendo popular. De acordo com o preâmbulo da nova Constituição marroquina, a luta contra a discriminação de gênero passou a ser uma tarefa do Estado, que tem a obrigação de criar condições para a promoção da igualdade entre os cidadãos e a sua participação na vida política, econômica, cultural e social⁵¹. A Constituição passou a consagrar o princípio da igualdade de gênero, obrigando o Estado à realização desse princípio e à criação de uma Autoridade para a Paridade e Luta Contra Todas as Formas de Discriminação de Gênero⁵². A nova Lei Fundamental impõe às autoridades públicas a tarefa de desenvolver e implementar políticas para a proteção das pessoas com necessidades especiais, tais como as mulheres e mães⁵³, e determina também que o Conselho Superior do Magistrados tenha, na sua composição, um número de juizes do sexo feminino proporcional à sua presença no corpo da magistratura⁵⁴. Finalmente, a Constituição exige a aprovação de leis orgânicas que assegurem uma melhor participação das mulheres nos Conselhos Regionais⁵⁵ e determina que as conquistas no campo dos direitos fundamentais são limites materiais à reforma constitucional⁵⁶.

Apesar de tão grandes avanços no plano normativo-constitucional relativamente aos direitos das mulheres, todo o trabalho de execução das novas medidas constitucionais experimenta alguma demora. Tal atraso é já motivo de contestação por parte dos movimentos de mulheres⁵⁷ e de chamadas de atenção nos relatórios de instituições internacionais⁵⁸. Não obstante, o Conselho da Europa recorda que a realização das tarefas constantes na nova Constituição é um trabalho que pode levar cinco anos⁵⁹. Um exemplo de atraso na implementação da nova Constituição é a criação da Autoridade para a Paridade e Luta Contra Todas as Formas de Discriminação de Gênero, muito embora o Governo islamista moderado, "Parti de la Justice e du Développement" (PJD),

⁵¹ Cf. artigo 6.º da Constituição marroquina.

⁵² Cf. artigo 19.º da Constituição marroquina.

⁵³ Cf. artigo 34.º da Constituição marroquina.

⁵⁴ Cf. artigo 115.º da Constituição marroquina.

⁵⁵ Cf. artigo 146.º da Constituição marroquina.

⁵⁶ Cf. artigo 175.º da Constituição marroquina.

⁵⁷ Cf. L. OUAZRY, "Création de l'APALD: Une marche pour adopter rapidement la loi", consultado em <http://Int.ma/creation-de-lapald-une-marche-pour-adopter-rapidement-la-loi/> [30.10.2015]

⁵⁸ Cf. La Haute Représentante de L'Union Européenne pour Les Affaires Étrangères et La Politique de Sécurité, *Mise en œuvre de la politique européenne de voisinage au Maroc: Progrès réalisés en 2013 et actions à mettre en œuvre*, Bruxelas, Comissão Europeia, 2014, p. 2. Cf., ainda, Committee on Equality and Non-Discrimination, *Equality Between Women and Men: A Condition for the Success of the Arab Spring*, Estrasburgo, Conselho da Europa, 2012, p. 3.

⁵⁹ Cf. Committee on Equality and Non-Discrimination, *Equality between ...*, cit., p.12.

tenha indicado no seu programa que iria proceder à criação de um órgão para supervisionar a igualdade de género⁶⁰. Em fevereiro de 2013, foi estabelecida a comissão científica da Autoridade para a Paridade e o projeto de lei que a regula foi aprovado em Conselho de Ministros, em março de 2015. Todavia, até ao momento, o diploma ainda não foi aprovado pelo Parlamento⁶¹. O Alto Representante da União Europeia para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança tem pressionado Marrocos para operacionalizar a Autoridade para a Paridade⁶².

Ainda no âmbito da igualdade de género e na senda da “Primavera Árabe”, foram adotadas duas novas leis sobre a representação das mulheres na política. A Lei n.º 27-11, que estabeleceu a quota de 15% dos assentos parlamentares para as mulheres, impondo que a lista de candidatas apresentada a nível nacional seja composta por 60 mulheres e 30 homens com idade máxima de 40 anos à data da eleição. A Lei n.º 29-11, sobre os Partidos Políticos, estabeleceu que todos os partidos políticos devem atuar no sentido de atingirem uma proporção de 1/3 das mulheres nos seus órgãos. Também no âmbito da representação das mulheres, mas agora no Tribunal Constitucional, foi apresentado um projeto de lei orgânica relativamente à composição deste órgão e que impunha quotas de mulheres. Todavia, este projeto de lei foi alvo de uma decisão do Conselho Constitucional que o declarou não conforme à Constituição marroquina. De acordo com o Conselho Constitucional, o legislador não pode impor quotas de mulheres na composição de um órgão pois isso consubstancia uma situação de desigualdade em razão do género – a discriminação que a Constituição de Marrocos veio banir em 2011⁶³. Foi ainda aprovada, a 7 de julho de 2015 – três anos após a sua adoção pelo Conselho de Ministros –, a lei que ratifica Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW)⁶⁴.

Ainda no plano legislativo, o n.º 2 do artigo 475.º do Código Penal foi revogado, no Parlamento, a 22 de janeiro de 2014⁶⁵. Esta norma, que previa a absolvição do agressor se este casasse com a vítima de violação sexual, foi

⁶⁰ Cf. Gouvernement du Maroc, *Programme du Gouvernement*, consultado em http://www.cg.gov.ma/fr/DOCs/programme_gouv_FR.pdf [07.07.2014].

⁶¹ Cf. La Haute Représentante de L’Union Européenne pour Les Affaires Étrangères et La Politique de Sécurité, *Mise en œuvre ...*, cit., p. 8.

⁶² Cf. La Haute Représentante de L’Union Européenne pour Les Affaires Étrangères et La Politique de Sécurité, *Mise en œuvre ...*, cit., p. 4.

⁶³ Cf. Conseil National des Droits de l’Homme, État de l’Égalité et de la Parité au Maroc: *Préserver et Rendre Effectifs les Finalités et Objectifs Constitutionnels*, 2015, pp. 9-10.

⁶⁴ Cf. Conseil National des Droits de l’Homme, *État de l’Égalité et de la Parité...*, cit., p. 9.

⁶⁵ Cf. N. BENNAMATE, “C’est officiel: L’article 475 est amendé!”, consultado em http://www.h24info.ma/maroc/societe/cest-officiel-larticle-475-est-amende/19294#.UuA5H_u2zIU [27.08.2015].

considerada a responsável pela morte de uma menor, Amina Filali El, que cometeu suicídio, em 2012, quando foi forçada a casar-se com seu violador⁶⁶.

No plano político, o Governo do PJD afirmou, no seu programa e contrariamente ao que poderia ser esperado de um partido islamista, o compromisso com o princípio da igualdade de género. Das medidas apresentadas destacam-se: a adoção de um sistema de discriminação positiva em favor das mulheres nas nomeações e despesas; a aplicação efetiva das disposições constitucionais sobre a igualdade entre mulheres e homens; a qualificação das mulheres e a redução da sua situação precária; o reforço institucional e geográfico dos centros de ajuda, assistência jurídica e psicológica às mulheres vítimas de violência; o fortalecimento das políticas públicas em matéria de luta contra todas as formas de violência contra as mulheres; a criação de mecanismos e medidas legais e financeiras relevantes; o apoio às associações que prestam ajuda às mulheres em situações difíceis; a capacitação de mulheres com vista à consolidação do seu lugar no espaço político e económico e ao encorajamento da sua participação na vida pública e nos centros de tomada de decisão⁶⁷.

Todavia, apesar das suas intenções políticas, pouco tem sido feito pelo Governo quanto à promoção da igualdade de género. Em 2012, a Ministra Bassima Hakkaoui lançou a ideia de promover um referendo sobre a questão do aborto. Na época, o Governo parecia compartilhar dessa ideia, mas até ao momento nada foi feito⁶⁸. Também em 2012, a atual Ministra da Solidariedade, Mulher, Família e Desenvolvimento Social, Bassima Hakkaoui, desenvolveu um projeto de lei sobre a violência contra as mulheres. No entanto, este projeto de lei tem sido visto como demasiado generalista, não prevendo nenhum mecanismo de proteção das mulheres vítimas de violência e nem qualquer criminalização da violação marital⁶⁹. Para além disso, as associações de mulheres reclamam de não terem sido consultadas sobre o projeto de lei⁷⁰. Esta legislação não foi adotada até à data, apesar de ter sido apresentada ao Conselho de Ministros em novembro de 2013⁷¹.

⁶⁶ Cf. N. BENNAMATE, "C'est officiel...", *cit.*

⁶⁷ Cf. Gouvernement du Maroc, *Programme du Gouvernement*, *cit.*, pp. 105-107.

⁶⁸ Cf. P. CHAMBOST, "Comment la légalisation de l'avortement est passée aux oubliettes", consultado em http://telquel.ma/2014/07/02/comment-la-legalisation-de-lavortement-passee-aux-oubliettes_140882 [28.08.2015]. Cf., ainda, Gouvernement du Maroc, *Plan Gouvernemental pour l'égalité 2012-2016*, consultado em http://www.social.gov.ma/MdsfsFichiers/pdf/ikram_fr.pdf [28.08.2015].

⁶⁹ Cf. N. KOZLOWSKI, "Bassima Hakkaoui entre le marteau et l'enclume", consultado em http://telquel.ma/2014/06/24/bassima-hakkaoui-marteau-lenclume_140081 [20.08.2015].

⁷⁰ Cf. La Haute Représentante de L'Union Européenne pour Les Affaires Étrangères et La Politique de Sécurité, *Mise en œuvre ..., cit.*, p. 8.

⁷¹ Cf. N. KOZLOWSKI, "Bassima Hakkaoui...", *cit.*

O que tem sido feito pelo Governo no âmbito da promoção dos direitos das mulheres, e que já foi aprovado, ainda espera a sua execução. Um exemplo é o Plano Governamental para a Igualdade 2012 -2016, iniciado pelo Governo anterior, em 2011. A 6 de junho de 2013, o Conselho do Ministros aprovou o plano que visa promover os direitos das mulheres de acordo com o espírito das novas normas constitucionais sobre a igualdade de género. Este plano é muito abrangente e cobre as áreas onde se percebe uma maior fragilidade das mulheres: discriminação e violência doméstica, educação e formação, acesso aos serviços de saúde, empoderamento social e económico, o acesso aos cargos de decisão administrativos, políticos e económicos, igualdade de oportunidades entre os sexos no mercado de trabalho⁷². A implementação deste plano conhece algum atraso e justificou uma chamada de atenção do Alto Representante da União Europeia para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança⁷³. O Comité encarregado de acompanhar a execução do Plano da Igualdade, constituído por dezasseis associações de defesa e promoção dos direitos das mulheres e dos direitos humanos, veio também manifestar-se preocupado, num seu relatório de janeiro de 2015, com a falta de acesso à informação sobre a promoção das medidas constantes no plano. Segundo este Comité, os departamentos governamentais encarregues da implementação das medidas não têm, na sua maioria, disponibilizado qualquer informação ao Comité, o que leva este órgão a questionar a prioridade dada pelo Governo ao Plano da Igualdade 2012-2016⁷⁴.

3. Que mudanças trouxe a “Primavera Árabe” ao panorama marroquino da igualdade de género?

A “Primavera Árabe” trouxe, para as mulheres marroquinas, a esperança na continuidade da promoção dos seus direitos. A proteção constitucional da igualdade de género e dos direitos das mulheres marroquinas é um dos pontos mais positivos da “Primavera Árabe”.

⁷² Cf. Gouvernement du Maroc, *Plan Gouvernemental pour l'égalité ...*, cit., pp. 21, 46, 63, 83, 87, 101, 114, 122.

⁷³ Cf. La Haute Représentante de L'Union Européenne pour Les Affaires Étrangères et La Politique de Sécurité, *Mise en œuvre ...*, cit., p. 4.

⁷⁴ Cf. Comité de Suivi du Plan Gouvernemental de l'Egalité, “Où en sommes-nous dans la mise en œuvre?”, consultado em <https://www.google.pt/url?sa=t&trct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwig463l-YbKAhVHVROkHeL0DF8QFgglMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.facilite-societecivile.ma%2Fwp-content%2Fplugins%2Fdownload-attachments%2Fincludes%2Fdownload.php%3Fid%3D3915&usq=AFQjCNFPNrrBsEiYf647f16JukCTJHgYcw&sig2=rBj4XhtEd9wYP2CMw2Ei4A> [30.12.2015].

Todavia, no plano concreto, as mudanças trazidas pela reforma constitucional, nascida em resposta às manifestações populares, parecem tardar. No entanto, há sinais que mostram alguma vontade política nesse sentido, nomeadamente com a revogação do n.º 2 do artigo 475.º do Código Penal, com a aprovação da lei que ratifica o Protocolo Facultativo à CEDAW, com a adoção de leis que impõem quotas de mulheres no Parlamento e nos partidos políticos, com a aprovação, em Conselho de Ministros, do projeto de lei sobre a Autoridade para a Paridade e Luta Contra Todas as Formas de Discriminação de Género ou aprovação, em Conselho de Ministros, do Plano Governamental para a Igualdade 2012-2016.

Os temores de um revés relativamente aos direitos das mulheres⁷⁵, pela ascensão de um partido político islâmico moderado ao Governo parecem não ter, até agora e de acordo com as nossas leituras, tradução real. Apesar da diminuição do número de mulheres Ministras no Governo – duas Ministras e quatro Ministras-Delegadas contra sete Ministras em 2007 – e de algumas intervenções do Primeiro-Ministro Abdelilah Benkirane que poderiam ser apelidadas de machistas⁷⁶, mas que não tiveram consequências jurídicas ou políticas – as ações políticas do Governo parecem demonstrar, até agora, alguma vontade em continuar o caminho da promoção dos direitos das mulheres.

Não podemos, no entanto, deixar de estar de acordo com os críticos que apontam que o Governo poderia fazer mais, nomeadamente no que toca à aplicação das novas regras constitucionais, à efetiva aplicação do Plano de Governo para a Igualdade, à Lei da Violência contra as Mulheres e à discussão sobre o aborto. Para além destas questões prementes e na ordem do dia em Marrocos, outras são ainda lembradas por várias associações como sendo essenciais para a proteção e promoção dos direitos das mulheres: a tipificação do assédio sexual enquanto crime⁷⁷; a criação de casas-abrigo e o melhoramento dos cuidados de saúde para as mulheres vítimas de violência⁷⁸; um maior controlo quanto à con-

⁷⁵ Cf. HEIDI BASCH-HAROD, "Uncertainty for the future of the Moroccan women's movement", Open Democracy, 2012, consultado em <http://www.opendemocracy.net> [20.08.2015].

⁷⁶ Cf. Telquel, "Benkirane: «il faut reconnaître le rôle sacré de la femme au foyer»", consultado em http://telquel.ma/2014/06/17/benkirane-reconnaitre-role-sacre-femme-foyer_139344#comment-465 [22.08.2014].

⁷⁷ Até ao momento, a disposição penal que sanciona o crime de assédio sexual reporta-se apenas a situações ocorridas no local de trabalho e a ofensas cometidas por superiores hierárquicos com o objetivo de obterem algum favor sexual. Cf. The Advocates for Human Rights *et al.*, *Report to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights Relating to the ESC Rights of Women*, 2015, pp. 2-3.

⁷⁸ Tal dificuldade persiste apesar de, em agosto de 2013, ter sido despenalizada a concessão de abrigo a mulheres casadas. Cf. The Advocates for Human Rights *et al.*, *Report to the Committee on Economic..., cit.*, pp. 9 e ss.

cessão de autorização de casamentos de menores⁷⁹; a determinação, no Código da Família, de uma idade a partir da qual um menor poderá, sob autorização judicial, contrair matrimónio⁸⁰; a efetiva aplicação dos requisitos para concessão de autorização para a prática da poligamia⁸¹.

Não obstante, não nos parece que se possa afirmar que existe um recuo no panorama dos direitos das mulheres marroquinas. É certo que a promoção da igualdade de género não está a avançar ao ritmo que seria desejável e que a reforma constitucional parecia querer indicar. Todavia, não se poderá esquecer que as principais conquistas das mulheres marroquinas, no que toca aos seus direitos, tomaram sempre muito tempo e contaram, em boa medida, com a ajuda régia, um importante motor nesta dinâmica da promoção dos direitos das mulheres.

⁷⁹ Cf. The Advocates for Human Rights *et al.*, *Report to the Committee on Economic...*, *cit.*, pp. 13 e ss.

⁸⁰ Cf. The Advocates for Human Rights *et al.*, *Report to the Committee on Economic...*, *cit.*, pp. 13 e ss.

⁸¹ Cf. The Advocates for Human Rights *et al.*, *Report to the Committee on Economic...*, *cit.*, pp. 16-17.

O PROJETO DA CONVENÇÃO NÓRDICA SAMI E A AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

Sayuri Fujishima¹

1. Introdução

Quando se pensa em grupos vulneráveis, os povos indígenas são um dos primeiros a vir à mente, especialmente em virtude das diferenças culturais que encontram dificuldade em ser compreendidas e respeitadas pela sociedade dominante. Neste artigo, nos focamos no caso do povo *sami* (ou *saami*), que habitam o extremo norte da península escandinava, explanando o projeto de uma Convenção que objetiva a proteção de seus direitos e que está na iminência de vir a tornar-se realidade, focando especialmente nos desafios que este instrumento pode trazer ao direito de autodeterminação destes povos indígenas.

2. A população indígena *sami*

O povo *sami* habita a parte norte da Escandinávia e a península Kola (parte do território russo), na região por eles denominado de *Sápmi*, tendo se estabelecido na área há mais de dois mil anos, muito antes da fundação dos Estados atuais onde se localizam². Os *sami* se identificam como um grupo étnico distinto, com modos de vida diversos (como língua, descendência comum e cul-

¹ Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho.

² Cf. MATTIAS AHRÉN, “Indigenous peoples’ culture, customs, and traditions and customary law: The Saami Peoples’ perspective”, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, vol. 21, 2004, p. 65.

tura material e espiritual) da maioria da população local, em termos socioeconômicos e culturais³.

O pastoreio de renas é a atividade mais comum deste povo e a que mais se relaciona à qualidade de membro de uma vila *sami*⁴. Muitas comunidades *sami* possuem um estilo de vida seminômade, deslocando suas renas entre as áreas de montanha e áreas costeiras, de acordo com a estação do ano, enquanto outras praticam o pastoreio em áreas de floresta⁵.

Tendo sempre vivido e desenvolvido sua cultura na *Sápmi*, os *sami* viram sua realidade se modificar rapidamente com o estabelecimento das fronteiras nacionais nos séculos XVIII e XIX, o que fora agravado com a colonização da região nórdica, que mudou a composição destas áreas, fazendo com que os *sami* se tornassem uma minoria em sua terra natal⁶. Durante este período, foram amplamente utilizadas teorias hierárquicas racistas para justificar a colonização, focando-se especialmente no seu estilo de vida nômade para negar reconhecimento de direitos sobre a terra, que ainda se mantém em legislações atuais⁷. Ainda que, atualmente, estas teorias hierárquicas racistas já não sejam abertamente utilizadas, ainda hoje a população *sami* sofre as consequências dessa política que resultou na progressiva perda de suas terras⁸. Assim, apesar do processo de colonização dos *sami* não ter sido feito às custas de genocídio e exploração, como ocorre com os indígenas nas Américas, eles são vítimas de contínua invasão de

³ Cf. LUKAS H. MEYER, “Transnational autonomy: Responding to historical injustice in the case of the Saami and Roma peoples”, in *International Journal on Minority & Group Rights*, vol. 8, 2001, p. 267.

⁴ Cf. JOHNNY-LEO L. JERNSLETTEN e KONSTANTIN KLOKOV, *Sustainable Reindeer Husbandry*, Tromsø, Centre for Saami Studies, University of Tromsø, 2002, pp. 111-112.

⁵ Cf. Nações Unidas, Conselho dos Direitos Humanos, 18.ª Sessão, “Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya – Addendum – The situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland”, A/HRC/18/35/Add.2, item 5, disponível em <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/18/35/Add.2&Lang=E> [25.10.2015].

⁶ *Idem, ibidem*, item 7.

⁷ Até fins do século XIX, era reconhecido, na Suécia, o direito dos *sami* à terra que ocupavam. Os tribunais suecos, inclusive, costumavam aplicar o direito derivado dos costumes dos *sami* em decisões que os envolvessem. No entanto, por influência das teorias norueguesas de hierarquia cultural, as autoridades suecas retiraram dos *sami* o direito a terra, sob o argumento de que seu estilo de vida nômade não lhes dava a propriedade, passando-a à Coroa. A partir de então, as decisões dos tribunais suecos no que tange a esta matéria passaram a ser quase sempre desfavoráveis aos *sami*. Concomitantemente, as autoridades suecas deram grande apoio à colonização de territórios *sami*, fornecendo títulos de terra a colonos não-*sami*, como se lá não houvesse ninguém, o que resultou em perda substancial de território indígena, tanto de fato quanto de direito. Cf. MATTIAS AHRÉN, “Indigenous peoples’ culture, customs,...”, *op. cit.*, p. 89-95.

⁸ A exemplo, a Lei sueca do Pastoreio de Renas (*Reindeer Herding Act*), de 1971, não reconhece aos *sami* o direito à propriedade *per se* do território que ocupam, restando sempre nas mãos do governo sueco.

territórios tradicionalmente ocupados, o que inclui assimilacionismo forçado e desrespeito à cultura, língua e *status* como povos indígenas⁹.

3. O Projeto de Convenção Nórdica Sami

Em termos de estrutura política, os Parlamentos *Sami* (composto de indivíduos *sami*) são os principais instrumentos na consolidação da autodeterminação deste povo, representando um modelo de participação nas decisões que a eles dizem respeito. No entanto, ainda não há garantias de uma participação genuína destes parlamentos, mesmo porque, salvo raras exceções, estes órgãos não têm poder de decisão no que tange a questões delicadas como o uso da terra e dos recursos naturais¹⁰.

Noruega, Suécia e Finlândia criaram seus próprios Parlamentos *Sami* em diferentes momentos: em emenda aprovada em 1988, a Noruega adicionou o artigo 110.º à sua Constituição, em que institui o Parlamento *Sami* e dispõe sobre o direito deste povo à preservação e desenvolvimento de sua cultura. Ali, o Parlamento *Sami* tem a função dupla de organismo político eleito e de encarregado por tarefas administrativas em setores que afetem os *sami*. Apesar de só ter reconhecido explicitamente os *sami* como um povo distinto em emenda constitucional de 2011, a Suécia já havia criado seu Parlamento *Sami* no ano de 1993, com a principal função de monitorar as questões da cultura *sami*, sendo tanto uma agência governamental quanto um organismo político submetido a eleições periódicas. Apesar dos avanços, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas expressou preocupação com as limitações na participação do Parlamento nas decisões que dizem respeito aos *sami*¹¹. Por fim, na Finlândia, a Lei do Parlamento *Sami* de 1995 substituiu o Parlamento *Sami* anterior, que operou de 1972 a 1995, sendo o primeiro país nórdico a instituir um organismo *Sami* sujeito a eleições¹².

⁹ Cf. LUKAS H. MEYER, “Transnational autonomy...”, *op. cit.*, p. 291.

¹⁰ Cf. Nações Unidas, Conselho dos Direitos Humanos, 18.ª Sessão, “Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya – Addendum – The situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland”, *cit.*, itens 37 e 38.

¹¹ Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, 95.ª Sessão, “International covenant on civil and political rights – Consideration of Reports submitted by States parties under article 40 of the Covenant”, CCPR/C/SWE/CO/6, item 20, disponível em http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/SWE/CO/6&Lang=En [25.10.2015]. A este respeito, ver o caso *Handolsdalen v. Suécia*, em que não fora reconhecido o direito de pastoreio de renas à comunidade *Sami Handolsdalen* pelo Estado Sueco, e posteriormente, também fora mantida a decisão nesta questão pela CEDH. Íntegra do acórdão disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97993> [25.10.2015].

¹² No entanto, a atual legislação finlandesa não reconhece aos *sami* qualquer direito especial à terra ou mesmo direitos exclusivos para manter suas tradições e, ao contrário da Noruega e da Suécia,

É importante apontar que, embora detenham o nome de “Parlamento”, estes órgãos não se traduzem numa expressão de Estado independente, e sequer têm intuito separatista (conforme será mais bem explicado adiante).

Em mais um passo em direção à maior representatividade deste povo, no ano 2000, foi criado o Conselho Parlamentar *Sami*, que é formado pelos Parlamentos *Sami* destes três países, tendo como objetivo lidar com questões que ultrapassam as fronteiras nacionais e que afetam o povo *sami*, bem como coordenar as demandas *sami* a nível internacional, inclusive nas Nações Unidas¹³.

O Projeto da Convenção Nórdica *Sami* (*Nordisk samekonvensjon*, em norueguês)¹⁴ constitui a primeira tentativa de desenvolver um tratado regional de povos indígenas¹⁵. Em novembro de 2005, após três anos de estudos, uma comissão formada por representantes dos governos da Finlândia, Noruega e Suécia, e dos Parlamentos Nacionais *Sami* destes países, chegaram a um Projeto de Convenção dos direitos do povo *sami*¹⁶. A intenção é que o projeto se constitua num tratado internacional entre os países nórdicos com o consentimento e participação do povo *sami* para proporcionar uma estrutura para o reconhecimento deste como um só povo indígena separado por fronteiras internacionais¹⁷. Seu objetivo é afirmar e fortalecer os direitos *sami* para sua sobrevivência como uma sociedade culturalmente diversa, independente do país em que estejam (desde que dentro do território de um dos países signatários).

Mesmo antes deste Projeto, já existiam acordos internacionais tratamdo sobre os termos em que os *sami* podem se mover pelos territórios com seus rebanhos, sendo o mais famoso destes acordos o “Lapp Codicil”, de 1751¹⁸. No entanto, o Projeto de Convenção Nórdica *Sami* representa a crescente tendên-

não restringe o direito ao pastoreio de renas aos *sami*, sendo permitido a qualquer cidadão da União Europeia. Cf. Nações Unidas, Conselho dos Direitos Humanos, 18.ª Sessão, “Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya – Addendum – The situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland”, *cit.*, item 29.

¹³ Cf. Nações Unidas, Conselho dos Direitos Humanos, 18.ª Sessão, “Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya – Addendum – The situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland”, *cit.*, item 10.

¹⁴ Texto do projeto disponível em língua norueguesa em: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/aid/temadokumenter/sami/sami_samekonvensjon_norsk.pdf [25.10.2015].

¹⁵ Cf. Nações Unidas, Conselho dos Direitos Humanos, 18.ª Sessão, “Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya – Addendum – The situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland”, *cit.*, item 11.

¹⁶ Cf. MARTIN SCHEININ, “The rights of a people to enjoy its culture: Towards a Nordic Saami Rights Convention”, in Francesco Francioni e Martin Scheinin (eds.), *Cultural Human Rights*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 151.

¹⁷ Cf. NIGEL BANKES e TIMO KOIVUROVA, “Introduction”, in Nigel Bankes e Timo Koivurova (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention: National and International Dimensions of Indigenous Property Rights*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2013, p. 1.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 2.

cia no Direito internacional e nacional de dar cada vez mais atenção à conexão existente entre direitos individuais e coletivos e abranger diferentes facetas das demandas indígenas. Por exemplo, chama a atenção o artigo 34.º do Projeto, que visa garantir o direito do uso da terra e dos recursos naturais pelos *sami* como um povo através da propriedade coletiva. Igualmente, os artigos 23.º, 24.º e 31.º objetivam a garantia do direito à própria cultura, consolidado especialmente no uso da língua e na gerência dos próprios conhecimentos tradicionais reservada ao povo *sami*, bem como na garantia de que tais aspectos sejam passados às futuras gerações.

Para Koivurova, o projeto da Convenção pode ser visto mais como um “contrato social” entre o povo *sami* e os três países nórdicos, do que como um típico tratado internacional: isto porque o instrumento visa desenvolver uma relação entre os *sami* e os países de forma a distinguirem-se quatro nações (noruegueses, finlandeses, suecos e *sami*) coexistindo no mesmo espaço físico composto pelo território de três Estados¹⁹. Ao que parece, o projeto da Convenção tenta pôr em prática a recomendação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que, em seu artigo 36.º, reconhece que os povos indígenas estão divididos por fronteiras internacionais, mas que, ainda assim, “têm o direito de manter e desenvolver contatos, relações e cooperação [com] seus próprios membros, assim como com outros povos através das fronteiras”²⁰.

Em linhas gerais, observa-se que o texto do projeto abrange várias dimensões dos direitos *sami*, inclusive trazendo questões polêmicas no âmbito do reconhecimento de direitos indígenas, como o conceito de *sami*²¹, a quem se aplica a Convenção²² e como interpretar o conceito de uso tradicional para fins de garantir o direito ao uso da terra e dos recursos naturais²³.

¹⁹ Cf. TIMO KOIVUROVA, “Can Sami transnational indigenous peoples exercise their self-determination in a world of sovereign states?”, in Nigel Bankes e Timo Koivurova (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention: National and International Dimensions of Indigenous Property Rights*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2013, p. 124.

²⁰ Texto da Declaração disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf [25.10.2015].

²¹ Que são os indígenas da Finlândia, Noruega e Suécia (artigo 2.º).

²² Aplica-se a Convenção às pessoas residentes em Finlândia, Noruega e Suécia, que se identificam como *sami* e que preenchem ao menos um dos seguintes requisitos: têm o *sami* como língua nacional ou pelo menos um dos pais ou avós que tem ou tiveram *sami* como sua língua; têm o direito de realizar o pastoreio de renas na Noruega ou na Suécia; cumpram os requisitos para ter direito a votar nas eleições parlamentares na Finlândia, Noruega ou Suécia; são filhos de uma pessoa descrita no parágrafo 1, 2 ou 3 (artigo 4.º)

²³ A ocupação tradicional e por prolongado tempo como requisito para o direito ao uso da terra deve ser avaliada de acordo com os elementos culturais dos *sami* (artigo 34.º).

4. O Projeto de Convenção e o direito à autodeterminação

O direito à autodeterminação dos povos indígenas no Direito Internacional é assunto que vai além do escopo deste artigo²⁴, mas consideramos necessário apresentar, de forma muito sucinta, a problemática existente sobre esta questão.

O processo de descolonização demandado pelas atuais ex-colônias europeias e aprovado pelas Nações Unidas, apesar de limitar a independência aos territórios do além-mar²⁵, repercutiu seu efeito moral no direito à autodeterminação dos povos, consagrado na Carta das Nações Unidas, de forma a ensejar e fundamentar as demandas dos próprios povos indígenas, que se consideram nações autônomas (ainda que não necessariamente Estados). Assim, logo se percebeu que a retórica e atenção internacional dispensada às demandas pela descolonização poderiam ser conectadas às políticas de colonização interna sofrida pelos povos indígenas²⁶.

O mais importante tratado sobre os direitos indígenas, a Convenção n.º 169²⁷ da Organização Internacional do Trabalho obriga os Estados-partes a estabelecer os “meios adequados para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas próprias desses povos e, quando necessário, disponibiliza[ndo] os recursos necessários para esse fim” [artigo 6.º, n.º 1, alínea c), da Convenção n.º 169.º]. No entanto, esta Convenção não faz referência ao direito de autodeterminação, chegando mesmo a esclarecer, em seu artigo 1.º, n.º 3, que o sentido dado à palavra “povos”, utilizada no texto para se referir aos povos indígenas, “não deverá ser interpretada no sentido de acarretar qualquer implicação no que se refere a direitos que possam ser conferidos ao termo no âmbito do Direito Internacional”.

²⁴ Sobre autodeterminação dos povos indígenas, cf. KAMRUL HOSSAIN, “Status of indigenous peoples in international law”, in *Miskolc Journal of International Law*, vol. 5, n.º 1, 2008; S. JAMES ANAYA, “Indian givers: What indigenous people have contributed to international human rights law”, in *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 22, 2006; PATRICK MACKLEM, “Indigenous recognition in international law: Theoretical observations”, in *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, 2008-2009.

²⁵ Cf. CHIDI OGUAMANAM, “Indigenous peoples and international law: The making of a regime”, in *Queen’s Law Journal*, vol. 30, 2004-2005, p. 360.

²⁶ Cf. KEN S. COATES, *A Global History of Indigenous Peoples: Struggle and Survival*, Hampshire/ Nova Iorque, Palgrave Macmillan, 2004, p. 235.

²⁷ Dentre os três países que elaboraram o Projeto de Convenção Nórdica *Sami*, apenas a Noruega ratificou a Convenção n.º 169.

Em outras palavras, o direito à autodeterminação dos povos, nos termos presentes na Carta das Nações Unidas²⁸, não foi objeto de acordo no quadro da Convenção n.º 169.

Mais recentemente, em contraste com a referida Convenção da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas reconhece que estes têm direito à autodeterminação (artigo 3.º), reconhecendo a eles garantias de autogoverno pertinente às suas questões locais e internas como consequência do próprio direito à autodeterminação (artigo 4.º). Esta questão foi largamente debatida durante o processo de elaboração da referida Declaração, já que os Estados preocupavam-se com eventuais movimentos independentistas que colocassem em risco sua integridade territorial. Tal preocupação tem origem, sobretudo, na dificuldade dos Estados em aceitar a nova compreensão do direito à autodeterminação que não abrange somente a separação dos territórios indígena e estadual, mas também pode ser exercida como “autodeterminação interna”, entendida como o direito de negociar seu status político dentro do contexto do Estado e de alcançar seu desenvolvimento social, econômico e cultural²⁹. Ademais, ao reconhecer aos povos indígenas o direito à autodeterminação, a Declaração os compreende como sujeitos de Direito internacional, mas não como Estados soberanos³⁰.

É evidente, no entanto, que a natureza meramente declaratória da Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas tem a debilidade de não criar obrigações jurídicas para os Estados que a subscreveram (debilidade esta comum aos instrumentos de Direito Internacional que versam sobre direito de minorias³¹). Porém, não é este o objetivo do Projeto de Convenção Nórdica *Sami*, que, uma vez aprovado, deverá vincular os Estados-partes, o que, no atual momento de discussão sobre o projeto, se traduz em maiores dificuldades na aprovação de artigos que reconheçam direito à autodeterminação.

Observe-se como se encontra atualmente redigido o artigo 3.º do Projeto:

“Samene har rett til selvbestemmelse som et folk i overensstemmelse med folkerettens regler og bestemmelsene i denne konvensjonen. Så

²⁸ O artigo 1.º, n.º 2, e o artigo 55.º da Carta das Nações Unidas estabelecem a autodeterminação dos povos como um princípio de Direito internacional que deve nortear os propósitos da organização. Texto da Carta das Nações Unidas disponível em: www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Nações%20Unidas.pdf [29.08.2013].

²⁹ Cf. ANDREW HUFF, “Indigenous land rights and the new self-determination”, in *Colorado Journal of International Environmental Law & Policy*, vol. 16, 2005, p. 317.

³⁰ Cf. PATRICK MACKLEM, “Indigenous recognition in international law: Theoretical observations”, *op. cit.*, pp. 202-203.

³¹ Cf. PATRÍCIA JERÓNIMO, “Direitos das minorias”, in Jorge Bacelar Gouveia (dir.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º suplemento, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 378.

langt det følger av disse regler og bestemmelser, har det samiske folket rett til selv å bestemme over sin økonomiske, sosiale og kulturelle utvikling, og for sine egne formål selv å forføye over sine naturressurser”³².

Este artigo tem causado particular resistência por parte dos governos destes países em aprovar o texto do Projeto, especialmente da Finlândia, que declarou que o direito à autodeterminação que ali consta vai além do texto da declaração das Nações Unidas, pois enquanto esta garante um direito à determinação *sui generis* (diferente daquele que consta do artigo 1.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais), o projeto da Convenção não chega a mencionar esta diferença³³. Esta aparente semelhança entre a autodeterminação dos Pactos Internacionais e a autodeterminação do projeto da Convenção tem sido uma preocupação para os Estados envolvidos, pois acreditam que possibilitaria uma interpretação que levasse ao direito à separação territorial. No entanto, é de se observar que, ao contrário do que consta no artigo 1.º constante dos Pactos Internacionais, o Projeto da Convenção Nórdica *Sami* não menciona o direito dos *sami* de determinar livremente seu *status* político³⁴, o que por si só já impediria uma interpretação excessivamente ampla do dispositivo.

Aliás, o próprio grupo que formulou o Projeto da Convenção clarifica que o direito à autodeterminação ali previsto não implica no direito à secessão dos Estados existentes. No entanto, é importante entender que o significado desta autodeterminação prevista no artigo 3.º se desenvolve de acordo com a evolução do próprio Direito internacional, fazendo com que a autodeterminação dos povos indígenas possa adquirir um conteúdo mais amplo do que aquele que existe hoje³⁵, o que não necessariamente implica numa futura secessão territorial. Na opinião de Heinämäki, a elaboração do artigo 3.º parece propor a busca por um compromisso entre os Estados, de um lado, e os *sami*, de outro: apesar de expressar que os *sami*, como um povo, têm o direito à autodeterminação de acordo com as disposições de Direito internacional, o artigo se absteve de expressar os direitos dos *sami* de determinar seus *status* político, indicando claramente que

³² Em tradução livre: “Como um povo, os Sami têm direito à autodeterminação de acordo com o Direito Internacional e as disposições da presente Convenção. Na medida prevista por estas regras e disposições, os Sami têm direito a determinar o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural e de dispor sobre seus recursos naturais para os seus próprios fins”.

³³ Cf. LEENA HEINÄMÄKI, “The Nordic Saami Convention: The right of a people to control issues of importance to them”, in Nigel Bankes e Timo Koivurova (eds.), *The Proposed Nordic Saami Convention: National and International Dimensions of Indigenous Property Rights*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2013, p. 133.

³⁴ Cf. LEENA HEINÄMÄKI, “The Nordic Saami Convention...”, *op. cit.*, p. 133.

³⁵ Cf. TIMO KOIVUROVA, “Can Sami transnational indigenous peoples...”, *op. cit.*, p. 121.

eles não têm intenção de secessão dos Estados existentes, mas, ao contrário, querem gozar do direito à autodeterminação juntamente com o povo da Finlândia, Noruega e Suécia e dentro destes três Estados³⁶. O que é particularmente inovador no projeto da Convenção é que essa autodeterminação abrange a possibilidade de que os *sami* gozem de um papel ativo na operação da convenção, tendo o poder de rejeitar sua ratificação ou emendas posteriores, e com igualdade de representação no Comitê que desenvolve a convenção³⁷.

Atente-se, ainda, que o artigo 3.º reconhece a conexão entre a autodeterminação e o direito à disposição dos recursos naturais (e conseqüentemente do uso da terra), atestando que um direito é diretamente ligado ao outro. No entanto, acreditamos que a manutenção deste trecho (ao menos da forma em que se encontra atualmente transcrito) possa restar prejudicada, já que é ainda presente o litígio entre estes Estados e os *sami* no que tange à autorização para o uso de terras ocupadas por *sami* para exploração de madeira, minério, e outras atividades por não-indígenas³⁸.

Em seu segundo capítulo, o Projeto da Convenção atribui aos Parlamentos *Sami* a competência de agir em nome do povo *sami* em cada país signatário, representando-os em assuntos intergovernamentais (embora em instituições internacionais, a representação *sami* continue a ser dos Estados-membros, que deverá promover a participação dos *sami* em reuniões internacionais).

De fato, não são poucas as atribuições que o Projeto da Convenção visa a incumbir aos Parlamentos *Sami*: o artigo 14.º dá aos Parlamentos *Sami* a tarefa de contribuir para a autodeterminação de acordo com o Direito Internacional e disposições da Convenção, incumbindo-os de tomar iniciativas e apresentar opiniões sobre questões relativas ao seu povo. Já o artigo 20.º determina que os Parlamentos *Sami* devam formar organizações conjuntas e os Estados deverão esforçar-se para transferir autoridade como ente público a estas organizações.

Atualmente, pode-se afirmar que a luta dos *sami* pelo direito à autodeterminação cinge-se ao direito à autonomia, a uma autodeterminação interna. Isto porque, dadas as condições atuais, uma reivindicação de secessão não parece plausível na medida em que atribuir aos *sami* a soberania sobre um território não se traduz num requisito para reconhecimento do seu valor como um povo³⁹. Isto tudo desde que tenham o direito de participar efetivamente das decisões que os afetem, seja no âmbito do uso da terra e dos recursos naturais, no âmbito

³⁶ Cf. LEENA HEINÄMÄKI, “The Nordic Saami Convention...”, *op. cit.*, p. 131.

³⁷ Artigos 48.º, 49.º e 51.º do Projeto da Convenção Nórdica Sami.

³⁸ Cf. Nações Unidas, Conselho dos Direitos Humanos, 18.ª Sessão, “Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya – Addendum – The situation of the Sami people in the Sápmi region of Norway, Sweden and Finland”, *cit.*, itens 56 a 59; MATTIAS AHRÉN, “Indigenous peoples’ culture, customs...”, *op. cit.*, p. 90.

³⁹ Cf. LUKAS H. MEYER, “Transnational autonomy...”, *op. cit.*, p. 292.

do direito ao uso de sua língua, enfim, de forma que possam continuar a viver e se desenvolver como uma sociedade culturalmente distinta, constituindo-se, assim, no seu autogoverno. De fato, a perspectiva da deliberação e do consenso é melhor que a regra da maioria quando se discute condições para a autogovernança de minorias indígenas: em sendo uma minoria, o processo político para se chegar um consenso entre as partes envolve uma luta pelo reconhecimento destes como povos distintos, e, para isto, tem de ser desenvolvido com a crescente participação do parlamento *sami* nas decisões políticas que dizem respeito a este povo⁴⁰.

Embora os planos iniciais previssem a conclusão das negociações em meados de 2015⁴¹, ainda não houve um desfecho definitivo ao caso, que continua sob discussão entre os Parlamentos *Sami* e os (prováveis) Estados-partes.

5. Conclusão

A despeito das dificuldades na aprovação do Projeto da Convenção Nórdica *Sami*, vê-se a perspectiva deste instrumento como uma maneira de uniformizar os direitos dos *sami* nos países nórdicos, compreendendo-os como um só povo independente de fronteiras nacionais, bem como visa afirmar e fortalecer os direitos dos *sami* a se manter e desenvolver como uma sociedade culturalmente distinta.

No entanto, é essencial que o desenvolvimento da Convenção conte com a participação dos *sami*, através de seus próprios parlamentos e de suas organizações não vinculadas aos governos, participando no desenvolvimento do conteúdo e deixando de serem apenas objetos da Convenção. Neste sentido, o direito à autodeterminação deve abranger não apenas a manutenção das instituições locais, mas alcançar a participação política como um todo.

Embora haja discordâncias dos Estados no que tange a este tópico, especialmente em virtude da dificuldade em aceitar a nova compreensão do direito à autodeterminação, tal autonomia interna almejada pelos *sami* não implica necessariamente em movimentos separatistas, muito menos no reconhecimento como estado independente. Isto porque os *sami* não tem o objetivo de formar um (ou mais de um) Estado-nação independente, desde que possam ter voz ativa na decisão das questões que lhes dizem respeito, exercendo sua cidadania como povos indígenas que são.

⁴⁰ Cf. ELSE GRETE BRODERSTAD, "Political autonomy and integration of authority: The understanding of Saami self-determination", in *International Journal of Minority and Group Rights*, vol. 8, 2001, pp. 152-153.

⁴¹ Cf. NIGEL BANKES e TIMO KOIVUROVA, "Introduction", *op. cit.*, p. 1.

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE TRABALHO 4.0 E PRIVACIDADE DOS TRABALHADORES

Teresa Coelho Moreira^{1 2}

1. Introdução

1.1. O progresso da humanidade está, muitas vezes, associado ao fascínio perante a ciência e a tecnologia por originarem inovações que fazem avançar a humanidade: da roda ao microprocessador, do ábaco ao computador, da imprensa escrita à *Internet* e à *web*, *inter alia*³.

Secundando Alonso Olea⁴, já desde a Revolução Industrial, há uma “simbiose” entre a ciência e a tecnologia que se repercute no Direito do trabalho e que permitiu “a passagem para a indústria, para as máquinas e, conseqüentemente, para o trabalho, das ideias do sábio”. Como indica, também, uma das conseqüências diretas da Revolução Industrial foi um desenvolvimento económico intenso e progressivamente acelerado graças às inovações tecnológicas⁵.

¹ Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro da Direção da APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho. Membro integrado do Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos (DH-CII) da Escola de Direito da Universidade do Minho e Vice-Diretora do mesmo.

² Este artigo corresponde, com algumas alterações, à nossa intervenção subordinada ao tema “Privacidade e Tecnologias de Informação em Contexto Laboral”, no *VIII Colóquio sobre Direito do Trabalho*, organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça, a 19 de outubro de 2016.

³ Cf. o esquema com diferentes fases de evolução apresentado em JEAN-MICHEL RODES, GENEVIÈVE PIEJUT e EMMANUELLE PLAS, *Memory of the Information Society*, Paris, UNESCO, 2003, p. 11.

⁴ Cf. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 4.ª ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1981, pp. 100 e ss.

⁵ Para mais desenvolvimentos, cf. TERESA COELHO MOREIRA, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: Contributo para um Estudo dos Limites ao Poder de Controlo Eletrónico do Empregador*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 49 e ss.

E o Direito do trabalho é um dos sectores do ordenamento jurídico que, pela sua própria natureza, é mais exposto à influência das mudanças tecnológicas. Os sistemas produtivos têm-se caracterizado pela sua contínua modernização e melhoria das técnicas utilizadas de tal forma que o emprego do termo *novas tecnologias* poderia entender-se como uma característica permanente deste ramo do Direito, perfeitamente aplicável a cada uma das suas fases ou etapas cronológicas ou, até mesmo, uma redundância. Desde que Adam Smith consolidou a ideia da organização do trabalho, socorrendo-se do exemplo da fábrica de alfinetes⁶, a história da industrialização está estreitamente ligada às transformações e mudanças nos métodos de organização do trabalho⁷.

1.2. Assim, após uma revolução agrícola e uma revolução industrial e uma revolução informática onde o papel cimeiro é ocupado pelo computador, hoje estamos perante uma verdadeira revolução digital, associada à Internet, ao *cloud computing* e a novas formas de prestar trabalho. Com esta surge também o denominado trabalho digital na economia colaborativa, em plataformas digitais e um novo tipo de trabalhador que tem de ter um QI digital mínimo, o que origina um novo tipo de subordinação reforçada por “um espaço sem distâncias e um tempo sem demoras”⁸.

As bases para esta última revolução baseiam-se em sistemas de TIC's, numa robótica cada vez mais desenvolvida, em tecnologias de sensores, no *cloud computing*, numa enorme recolha e tratamento de dados que, devido à *Big Data*, podem ser utilizados conjuntamente.

Estas novas possibilidades representam a base de uma nova revolução relacionada com sistemas inteligentes e de um novo sistema de trabalho com o surgimento da *sharing economy* ou *economia colaborativa*. E, apesar de trazerem grandes promessas de desenvolvimento, também originam muitos desafios que requerem uma atuação proactiva de empresas, governos, indivíduos e trabalhadores.

⁶ Neste exemplo Adam Smith escolhe o famoso caso da fabricação de alfinetes para descrever a passagem do artesão até à fábrica constatando que se um trabalhador isolado conseguia, anteriormente, produzir cerca de 20 alfinetes por dia, a separação de tarefas e a colaboração entre os trabalhadores permite produzir 48 mil alfinetes, isto é, 2400 vezes mais.

⁷ Iniciava-se, desta forma, a “grande aventura”, desde a visão como uma promessa da divisão do trabalho até uma progressiva incorporação da força de trabalho numa máquina, primeiro como energia motora, para depois ser energia operadora e, por fim, com uma função de controlo. Cf. CARINCI, “Rivoluzione tecnologica e Diritto del Lavoro: Il rapporto individuale”, in *GDLRI*, n.º 25, 1986, p. 203.

⁸ Cf. JEAN-EMMANUEL RAY, “Qualité de vie et travail de demain”, in *Droit Social*, n.º 2, 2015, p. 148.

Estamos perante uma mudança que não é somente estrutural mas, também, e principalmente, funcional, no sentido de que mudou profundamente a maneira de efetuar a prestação laboral. Esta situação implica uma mudança capital e um redimensionamento do Direito do trabalho, já não tanto em sentido material de alteração da sua extensão ou volume, mas um processo de revisão do seu âmbito ou extensão, da sua intensidade e do nível que se deve adotar na sua regulamentação, podendo falar-se de uma *nova dimensão da sua disciplina*.

E o trabalho está a revelar-se um fator-chave nesta transformação e revolução. Fala-se, assim, de trabalho 4.0., do trabalho na *gig economy* que inclui quer o *Crowdwork*, quer o trabalho em plataformas – *work-on-demand via apps*, e que, por isso, não se resume apenas à Indústria 4.0.⁹, já que se está a falar do trabalho do futuro. Claro que não há um conceito homogêneo ou monolítico deste tipo de trabalho, já que são utilizados diferentes métodos e formas de trabalhar, que podem ir desde tarefas rotineiras, extremamente parceladas, monótonas, até tarefas mais complexas, novas onde o valor acrescido está na qualificação e na inovação de quem presta.

1.3. Contudo, a conceção dos direitos fundamentais surgiu num contexto de mercado de trabalho estruturado com base na denominada *relação de trabalho típica*, estável, que, atualmente, sofreu inúmeras modificações e, por isso, também esta conceção tem de refletir a nova realidade e as novas ameaças que a estes direitos surgem da mesma.

E um dos direitos que mais tem sido afetado por estas tecnologias é o direito à privacidade.

A privacidade é reconhecida no mundo, em diversas regiões e culturas. Está protegida por diferente legislação, internacional e nacional, e, dentro desta, a nível constitucional. Trata-se de um valor tão *dinâmico* que não perde a sua importância apesar dos tempos atuais de *forte ataque* à privacidade, conservando a sua vitalidade. Mas é um direito extremamente difícil de definir devido ao seu carácter muitas vezes vago, com um significado diferente consoante as pessoas

⁹ Este termo provém de um programa comum lançada pelo Governo alemão e pela indústria alemã em 2011. Mais tarde, foi utilizado no léxico da Comissão Europeia bem como noutras regiões. O termo preferido no ordenamento jurídico norte-americano é de *smart manufacturing*. Através de *Cyber-physical systems*, e um número elevado de *robots* que substituem o trabalho humano manual, e com a utilização da *big data*, monitoriza-se toda a produção, existindo uma flexibilização na produção e na personalização do produto final. Este termo refere-se a uma verdadeira revolução no setor industrial sendo que no centro desta nova indústria está uma elevada automatização e interconexão de produção industrial, sendo que processos virtuais e reais emergem com base em sistemas *cyber-physical*, o que permite uma produção mais eficiente, flexível, com uma grande personalização do produto final e com os desejos dos consumidores a serem atendidos.

em causa e a situação em concreto¹⁰. A privacidade é, por vezes, um “enigma”¹¹ já que as questões estão relacionadas não só com as suas definições, mas também com as suas funções, a natureza, a utilidade e os valores. Desta forma, e paradoxalmente, parece que o objeto da privacidade é tão amplo e abrangente quanto vago, não podendo deixar de atender-se ao papel que a tecnologia teve nesta mudança já que há como que uma “colonização”, ou *liberties pollution*, das liberdades individuais pelo direito à privacidade que tende a esvaziá-lo e a privá-lo de utilidade na salvaguarda de certos interesses que estariam na base do seu objeto. Assim, o conceito de privacidade transforma-se, segundo o juiz Black¹², “num verdadeiro camaleão que muda de cor a cada momento”.

Contudo, parece-nos ser possível entender a privacidade numa dupla vertente positiva e negativa. Assim, pode ligar-se o termo privacidade à capacidade e ao direito dos indivíduos controlarem a informação que lhes diz respeito, isto é, uma faceta positiva, relacionada com o controlo do fluxo informacional, independentemente de a informação ser de cariz íntimo ou não. Trata-se de abranger dentro do conceito de privacidade o denominado direito à autodeterminação informativa, relacionado com uma função dinâmica da privacidade. Passa-se, assim, de um direito a ser deixado só para um direito a manter um controlo sobre a própria informação, e de um direito à privacidade visto numa aceção negativa, para uma função dinâmica, com um âmbito suficientemente amplo para adaptar-se a novas realidades, dignas, sem dúvida, de proteção pelo ordenamento jurídico, assim como do segredo para o controlo. Este direito está relacionado com a ideia de confidencialidade, controlo e reserva, essenciais para proteger as pessoas perante as NTIC, principalmente a Internet.

O direito à privacidade assenta na ideia da dignidade da pessoa humana, já que esta implica que a cada pessoa sejam atribuídos direitos que representam um mínimo, criando uma esfera onde cada um possa ter espaço para desenvolver a sua personalidade.

No ordenamento jurídico português a proteção da privacidade não se restringe ao Direito constitucional alargando-se ao Direito civil, penal e laboral, sendo que, atualmente, não é desejável dissociar estas várias vertentes.

¹⁰ No mesmo sentido pode ver-se DANIEL SOLOVE, “A taxonomy of privacy”, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 154, n.º 3, 2006, p. 478, observando que “a privacidade é um conceito extremamente vago”. Para maiores desenvolvimentos, cf. TERESA COELHO MOREIRA, *A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação...*, op. cit., p. 106 e ss.

¹¹ Cataudella defende que a exigência de *riservatezza* varia consoante a posição social do indivíduo e do papel que é chamado a desenvolver. Cf. CATAUDELLA, “Riservatezza (diritto alla)”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 1. No mesmo sentido, cf. PETER BLUME, “Privacy as a theoretical and practical concept”, in *International Review of Law Computers & Technology*, vol. 11, n.º 2, 1997, p. 194.

¹² *Apud* FRANÇOIS RIGAUX, “L’élaboration d’un «right of privacy» par la jurisprudence américaine”, in *RIDC*, n.º 4, 1980, p. 726.

Atualmente, o termo que nos parece ser preferível, quando relacionado com as NTIC, é o de privacidade na medida em que está relacionado com as ideias de confidencialidade, controlo e reserva, sendo mais incisivo que o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Este direito tem consagração internacional no artigo 8.º da CEDH, que estabelece que toda a pessoa tem “o direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. De forma a garantir este direito o TEDH tem vindo a delimitar o respetivo conceito, sendo bastante relevantes as decisões *Halford v. Reino Unido*, *Copland v. Reino Unido* e, mais recentemente *Bărbulescu v. Romania*, de 12 de janeiro deste ano.

É relevante ainda atender ao artigo 7.º da CDFUE que estabelece “toda a pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e das suas comunicações”, assim como artigo 8.º. Sob a epígrafe “proteção dos dados de carácter pessoal”, estabelecendo o direito de toda a pessoa à proteção dos dados de carácter pessoal que lhe dizem respeito, sendo que estes dados devem ser tratados de uma forma leal, somente para fins determinados e com o consentimento da pessoa em causa.

Deve atender-se ainda ao Regulamento n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE.

Este Regulamento entrou em vigor no dia 25 de maio e prevê um período transitório de dois anos para a sua total aplicação, devendo as organizações utilizar este período de tempo para se adaptarem às novas regras. Como se trata de um Regulamento é diretamente aplicável a todos os Estados Membros, sem necessidade de qualquer transposição garantindo, desta forma, uma verdadeira harmonização legislativa ao nível da Proteção de Dados.

O Regulamento introduz alterações significativas em matéria de proteção de dados pretendendo adaptar-se às novas realidades empresariais e tecnológicas.

Deve ter-se em atenção ainda a Recomendação CM/Rec(2015)5, de 1 de abril, do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre o tratamento de dados de natureza pessoal no contexto do emprego.

2. Trabalho 4.0 e privacidade

2.1. Atualmente, a alteração da estrutura das empresas e a dissolução das fronteiras entre a vida profissional e a vida pessoal originam inúmeras questões. Depois da tecnologia portátil relacionada com a internet das coisas que podem gerar uma conexão permanente, mais ou menos voluntária em qualquer local

desde a casa¹³ até à empresa, com a banalização do GPS de dispositivos dotados de radiofrequência, de câmaras milimétricas, de *Google Glass* e outros *smartwatches*, sem dúvida que a sociedade mudou. E se tivermos em atenção que, segundo dados recentes, daqui a 10 anos os trabalhadores terão, em média, 10 objetos de comunicação, desde a geolocalização, à crono-localização e, depois, o *profiling* geográfico, certamente que novas questões se colocam¹⁴.

Estas inovações tecnológicas de controlo assumem características de controlo praticamente ilimitadas, podendo originar verdadeiras discriminações e elaborações de autênticas *castas laborais* a fazer recordar os *Alfas* e os *Betas* de Aldous Huxley, passando rapidamente de uma *Sociedade da Informação* para uma, bem mais preocupante, *Sociedade da Vigilância*¹⁵.

O emprego destas novas tecnologias explica-se tanto pela sua imparável incorporação e generalização no processo produtivo das empresas, como pelas inúmeras aplicações e vantagens que comporta, pelo impacto que pode ter para *dissuadir* a prática de infrações laborais, por permitir um controlo diferido quer a nível espacial, quer a nível temporal da atividade laboral e, por vezes, extra-laboral, quer, ainda, por poder constituir, em determinados casos, um meio de prova em procedimentos disciplinares¹⁶.

Perante estas inúmeras tecnologias a questão que se coloca é a de saber o que resta da privacidade? Com o surgimento do trabalho no mundo virtual, como proteger a privacidade? Com o trabalho na *cloud* os trabalhadores virtuais podem estar a realizar o trabalho em qualquer local e os empregadores podem estar a gravar todos os movimentos que são realizados, até porque as palavras virtuais têm de ser gravadas para assegurar a preservação da informação. Como conciliar isto com o direito à privacidade?¹⁷ Claramente é necessário reequacionar a noção de privacidade e salvaguardá-la destes novos tipos de ameaças.

Desta forma, torna-se necessário, diria mesmo imperioso, aferir qual a

¹³ Os frigoríficos inteligentes que tiram fotografias do interior e enviam para os telemóveis para saber o que é necessário comprar, as mesas que aquecem automaticamente a comida, os fogões que aquecem apenas quando tiverem algum tacho em cima ou os frigoríficos que alertam por telemóvel quando alguma comida deixa de estar em boas condições, entre inúmeras outras possibilidades.

¹⁴ Cf. JEAN-EMMANUEL RAY, “Actualités des TIC: Tous connectés, partout, tout le temps”, in *DS*, n.º 5, 2015, p. 520.

¹⁵ Cf. RODRIGO TASCÓN LÓPEZ, “Control del trabajador”, in *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, tirant lo Blanch, 2014, p. 406.

¹⁶ Neste sentido, cf. GOÑI SEIN, “Controles empresariales: Geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos”, in *Justicia Laboral*, agosto de 2009, p. 12. Cf., ainda, TERESA COELHO MOREIRA, *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2016.

¹⁷ Cf. MIRIAM CHERRY, “A taxonomy of virtual work”, in *Georgia Law Review*, vol. 45, n.º 4, 2011, p. 993.

extensão da proteção da privacidade e tentar saber se a tecnologia comporta e impõe os seus próprios limites.

No entanto, também não pode deixar de atender-se a que a tecnologia é em si mesma neutra, o mesmo não se podendo dizer do homem que a utiliza, cujo *leitmotiv* é o controlo das pessoas. Na verdade, conforme a história tem vindo a demonstrar ao longo do tempo, tão curto e tão longo, as inovações tecnológicas só dependem da utilização que lhes é dada pelo homem.

2.2. Há cada vez mais uma enorme quantidade de programas que permitem controlar todos os passos dos trabalhadores não só no local de trabalho. Sem dúvida que este tipo de programas, apesar de tecnicamente possível, não nos parece juridicamente admissível, apesar de basear-se somente em algoritmos. Diria até que o objeto preferido hoje em dia para o controlo são os algoritmos.

Nesta nova sociedade digital existiu uma transformação radical da economia, na medida em que há uma redução enorme dos custos de informação e de coordenação, e surgem as plataformas digitais e uma nova economia, a economia partilhada ou colaborativa que, na noção apresentada pela Comissão Europeia em 2 de junho deste ano, no Documento *Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, refere-se a “modelos empresariais no âmbito dos quais as atividades são facilitadas por plataformas colaborativas que criam um mercado aberto para a utilização temporária de bens ou serviços, muitas vezes prestados por particulares. São três as categorias de intervenientes na economia colaborativa: (i) os prestadores de serviços que partilham os ativos, os recursos, a disponibilidade e/ou as competências — podem ser particulares que oferecem serviços numa base esporádica («pares») ou prestadores de serviços que atuam no exercício da sua atividade profissional («prestadores de serviços profissionais»); (ii) os utilizadores desses serviços; e (iii) os intermediários que — através de uma plataforma em linha — ligam prestadores de serviços e utilizadores, facilitando as transações recíprocas («plataformas colaborativas»). Por via da regra, as transações de economia colaborativa não implicam uma transferência de propriedade, podendo ser realizadas com fins lucrativos ou sem fins lucrativos”.

Esta economia colaborativa gera novas oportunidades, para todos, podendo dar um importante contributo para a criação de empregos, de regimes de trabalho flexíveis e de novas fontes de rendimento, desde que seja devidamente incentivada e desenvolvida de forma responsável. Na UE estima-se que as plataformas colaborativas que operam em cinco setores-chave da economia colaborativa geraram 3,6 mil milhões de EUR de receitas em 2015: alojamento (arrendamento de curta duração); transporte de passageiros; serviços de proximidade; serviços profissionais e técnicos e financiamento colaborativo¹⁸.

¹⁸ Cf. Comissão Europeia, *Uma Agenda Europeia para a Economia Colaborativa*, UE, 2016.

Contudo, como também salienta a Comissão Europeia¹⁹, há vários problemas. Desde logo, a economia colaborativa levanta frequentemente questões no que diz respeito à aplicação dos quadros jurídicos em vigor, diluindo a tradicional distinção entre consumidor e fornecedor, trabalhador por conta de outrem e trabalhador por conta própria, prestação de serviços profissionais e não profissionais.

Ocorrem, ainda, novas ameaças para os direitos fundamentais dos trabalhadores, quer os direitos fundamentais *específicos*, com a prática de baixos salários principalmente para as tarefas que exigem menos qualificação, pagos à peça ou tarefa, a falta de respeito pelos tempos de trabalho com a crescente intensificação do mesmo e a cultura da urgência, o não respeito pelos direitos coletivos, ou o aumento dos riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores quer físicos, quer psicológicos, quer para os direitos fundamentais *inespecíficos*, como a privacidade, já que se está perante uma intensificação do controlo eletrónico, panóptico, automático, ainda mais intrusivo para a privacidade pois é implementado por algoritmos, falando-se de um “trabalhador algoritmo” ou, em inglês de um *algoracry*, podendo correr-se o risco até de uma coisificação da pessoa humana. Os trabalhadores são substituídos por *robots* ou quase transformados em *robots* porque realizam atividades, ou micro-atividades, altamente rotineiras, monótonas, repetitivas.

Os trabalhadores são substituídos por *robots* ou quase transformados em *robots* porque realizam atividades, ou micro-atividades, altamente rotineiras, monótonas, repetitivas – ex: *Amazon Mechanical turk*²⁰.

Através destas plataformas, e contrariamente à ideia que se defende de flexibilidade, mascarada por falsas ideias de liberdade, o controlo é permanente e existe pouco ou nenhum lugar para a privacidade²¹.

Os trabalhadores são substituídos por *robots* ou quase transformados em *robots* porque realizam atividades, ou micro-atividades, altamente rotineiras, monótonas, repetitivas – ex: *Amazon Mechanical turk*²².

Através destas plataformas, e contrariamente à ideia que se defende de flexibilidade, mascarada por falsas ideias de liberdade, o controlo é permanente e existe pouco ou nenhum lugar para a privacidade. Este tipo de controlo baseia-se em avaliações, *ratings*, *rankings*, e serve como uma ameaça remota mas tangível para que os trabalhadores se comportem de determinada forma, sendo que os fantasmas do panóptico nunca estiveram tão presentes como agora.

¹⁹ *Idem, ibidem*.

²⁰ Cf. Comissão Europeia, *Unpacking the gig economy*, UE, 2016, p. 31.

²¹ Cf., para maiores desenvolvimentos sobre este tipo de controlo, TERESA COELHO MOREIRA, *A Privacidade...*, *op. cit.*; IDEM, *Estudos de Direito do Trabalho*, reimp. da primeira edição, Coimbra, Almedina, 2016; IDEM, *Estudos de Direito do Trabalho*, vol. II, *op. cit.*

²² Cf. Comissão Europeia, *Unpacking the gig economy*, *cit.*, p. 31.

Sem dúvida, a *nudez tecnológica* está presente com um controlo cada vez mais intrusivo feito por máquinas e um novo tipo de prova denominada de prova digital ou prova virtual, já que o essencial do controlo é invisível ao olho humano e toda uma vida profissional e pessoal está associada a uma máquina. Não estaremos a assistir novamente a uma reificação da pessoa humana? No futuro, perante esta *nudez numérica*, será necessário mudar de *identidade numérica* do *novo homo numericus* para poder obter-se um emprego^{23 24}?

Não nos parece e tem de ter-se sempre em atenção que se no plano técnico tudo é possível, o mesmo não se passa no plano jurídico.

Creio que não pode esquecer-se o artigo 1.º da Declaração de Filadélfia: “o trabalho não é uma mercadoria”, não permitindo uma coisificação da pessoa humana e uma dissociação do trabalhador da prestação de trabalho.

Quando nestas plataformas se esquece uma das máximas que originou o surgimento do Direito do trabalho como ramo do Direito autónomo e que é a de que o trabalho não é separável da pessoa que o presta, e que não existe trabalho mas só existem as pessoas que trabalham, não estaremos a retornar aos inícios da revolução industrial?

Na verdade, com a crise que atravessamos e o elevado nível de desemprego numa economia que é verdadeiramente mundial, o velho *trabalho escravo* por vezes transformou-se, por uma mera alteração de palavras, na *atividade colaborativa*, gerando dois mundos no trabalho. No caso deste tipo de trabalho, por vezes, a competição a nível global, os baixos salários que tornam impossível que estas atividades sejam a principal fonte de rendimento, e a deslocalização do local de trabalho, origina situações de autênticos *escravos digitais* a trabalharem nas *sweatshops*, agora *virtuais*²⁵.

Por isso, secundando Jean-Emmanuel Ray²⁶, falar-se aqui de um sistema colaborativo é um pouco exagerado porque a concorrência é total, mundial e cruel até. Existe uma divisão do trabalho inimaginável mesmo para Taylor e o seu *Scientific Managment* que permite um controlo total direto e à distância, espacial e temporal.

Parece-nos assim que esta atividade nas plataformas tem de ser *desmercantilizada*, aplicando os princípios fundamentais em matéria de Direito do trabalho e de privacidade e não discriminação.

²³ Cf. JEAN-EMMANUEL RAY, “Actualités des TIC : Tous connectés...”, p. 520.

²⁴ Este tipo de controlo tem também implicações na vida privada pois a capacidade de registar e controlar tudo pode fazer com que as interações entre as pessoas mudem.

²⁵ Neste sentido, cf. JEAN-EMMANUEL RAY, “Qualité de vie...”, *op. cit.*, p. 149.

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 154.

2.3. Não pode esquecer-se que, com o advento destas inovações tecnológicas, é fundamental que os trabalhadores possam usufruir dos mesmos direitos que tinham anteriormente. Como defendeu Jean Rivero, “no contrato, o trabalhador coloca à disposição do empregador a sua força de trabalho, mas não a sua pessoa”²⁷. Este parece ser o elemento de reflexão essencial na altura de analisar as repercussões deste aumento exponencial do poder de controlo do empregador.

A tentativa de encontrar um justo equilíbrio entre os poderes do empregador e os direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores constitui o objeto do *Novo Direito do trabalho*. “O direito do trabalho está a mudar de paradigma: de um direito dos trabalhadores passa-se para um direito dos direitos da pessoa no trabalho”²⁸, sendo que a dignidade do Homem impõe-se sobre quaisquer outras considerações.

Não pode concluir-se que os trabalhadores abandonam o direito à privacidade e à proteção de dados quando celebram um contrato de trabalho. De facto, eles têm uma fundada e legítima expectativa de um certo grau de privacidade no local de trabalho, na medida em que desenvolvem uma parte significativa das suas relações com outros seres humanos neste local e, por isso, há que tutelar esta expectativa.

A questão que se coloca então neste *Admirável Ciber Mundo Novo do Trabalho* que, por vezes considero, *Abominável Ciber Mundo Novo do Trabalho*, é a necessidade de estabelecer limites a esta enorme intromissão e invasão da privacidade dos trabalhadores mas também dos próprios empregadores perante este controlo que, teoricamente, parece ser ilimitado. Assim, o problema centra-se no estabelecimento de limites e estes estão relacionados com a aplicação dos princípios de proteção de dados pessoais, ou seja, a vertente positiva, dinâmica da privacidade. Através deste tipo de controlo, o empregador conhece informação individual que integra o conceito de dados pessoais, devendo aplicar-se os princípios fundamentais de proteção de dados pessoais, nomeadamente o princípio da finalidade, da transparência, da proporcionalidade e da compatibilidade com a finalidade declarada, o que supõe a obrigação de informar o trabalhador acerca do tratamento de dados pessoais que vai realizar, assim como o princípio de que a informação recolhida não pode destinar-se a finalidades incompatíveis com a finalidade originária.

²⁷ Cf. JEAN RIVERO, “Les libertés publiques dans l’entreprise”, in *DS*, n.º 5, 1982, p. 424.

²⁸ Cf. GILES TRUDEAU, “En conclusion... Vie professionnelle et vie personnelle ou les manifestations d’un nouveau droit du travail”, in *DS*, n.º 1, 2010, p. 76.

Conclusões:

1. As TIC e as enormes possibilidades que elas trazem para uma nova sociedade, uma nova economia, e um novo Direito do trabalho, não podem originar que os direitos fundamentais dos trabalhadores, sobretudo o direito à privacidade, volte a ficar às portas da fábrica, retrocedendo décadas na interpretação do mesmo.
2. Parece ser essencial, e mesmo imperioso, refletir sobre a sociedade que queremos construir e onde desejamos viver, sabendo que todas as opções que realizarmos irão influenciar, positiva ou negativamente, as nossas famílias e os nossos descendentes.
3. Está-se perante uma temática em contínua evolução, sendo que o equilíbrio entre os direitos dos trabalhadores, principalmente a sua privacidade, e o poder de controlo eletrónico do empregador não constitui uma tarefa fácil, estando hoje o Direito do trabalho a ser alvo de uma verdadeira *metamorfose*.
4. O que nos parece essencial nesta matéria é que tenhamos sempre em atenção de que nem tudo o que é tecnicamente possível é juridicamente admissível e que há que respeitar os princípios fundamentais de tratamento de dados pessoais que funcionam como limites ao poder de controlo eletrónico do empregador.

A PROTEÇÃO DOS PRISIONEIRO DE GUERRA NO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

*Wladimir Brito*¹

Nota prévia

A publicação destes sumários desenvolvidos de três temas tratados na unidade curricular de Direito Humanitário, do Mestrado em Direitos Humanos criado por deliberação do Conselho Científico da Escola de Direito no ano lectivo de 2004-2005, exige uma explicação mesmo que sucinta.

No ano lectivo de 2007-2008, por deliberação do Conselho Científico da Escola de Direito, foi-me atribuída a regência dessa unidade curricular que seria ensinada pela primeira vez nesse Mestrado. Tendo em conta que, entre nós, era notória a escassez de estudos sobre o Direito Humanitário, entendi que aos alunos deveria ser oferecido, pelo menos, um texto base a partir do qual poderiam orientar os seus estudos nessa matéria. Por essa razão, decidi escrever os sumários desenvolvidos que agora se publicam e que, como o nome indica, reflectem as matérias ensinadas e discutidas nesse ano.

Deste modo, pareceu-me interessante publicar neste livro de comemoração do aniversário do Mestrado em Direitos Humanos esses sumários desenvolvidos das três lições que ministrei nesse ano lectivo de 2007-2008, por forma a que fiquem registados os temas tratados nessa unidade curricular de Direito Humanitário e o modo como foram ensinados. Com essa publicação, permite-se aos alunos desse Curso lembrar a matéria que, nesse ano lectivo, estudaram e discutiram e ao público em geral conhecer as lições que lhes foram ministradas. Esta é a nossa singela homenagem a este Mestrado e uma boa justificação para a publicação desses sumários desenvolvidos.

¹ Professor Catedrático na Escola de Direito da Universidade do Minho.

I. Lição n.º 1 – Sobre a guerra

1. O conceito de guerra e de Direito Humanitário

1.1. Introdução

Nesta lição iremos falar da guerra e do Direito Humanitário, com vista a compreender a evolução desse Direito ao longo da história, sendo certo que, pela natureza deste acto e por razões de tempo, seremos aqui forçados a ser sucintos. Contudo, entendemos que, metodologicamente, deveremos começar por recortar o conceito de guerra e de Direito Humanitário de modo a que *ab initio* possamos saber exactamente do que estamos a falar e a compreender a evolução histórica desses fenómenos de natureza sócio-política – a guerra – e jurídico-política – o Direito Humanitário.

Podemos, desde já, dizer que o principal objectivo desta lição é demonstrar que o fenómeno guerra andou sempre associado ao Direito Humanitário, sendo certo que a concreta configuração jurídico-política deste Direito, tal como a político-militar da guerra, correspondeu sempre a cada estágio de desenvolvimento da humanidade ou, mais concretamente, ao de desenvolvimento dos meios bélicos e da consciência humanitária de cada época histórica.

Posto isto, vejamos agora o que é a guerra e o Direito Humanitário, antes de entrarmos na análise da evolução histórica desses fenómenos.

1.2. O conceito de guerra

1.2.1. Introdução

Numa primeira aproximação ao conceito de guerra, poderíamos dizer que esta é um conflito armado violento e sangrento entre grupos político-militarmente organizados, por estes voluntariamente preparado e executado. A guerra, diz-nos Clausewitz, é “um acto de força para impor a nossa vontade ao adversário”², acto de força que, na opinião deste militar, historiador e filósofo prussiano, é “uma manifestação absoluta de violência”³. Esses conceitos mais próximos de nós têm na sua base toda a clássica ideia da guerra com base na qual foi sendo construído o conceito actual de guerra. Com efeito, podemos dizer que, desde os autores mais antigos até aos nossos contemporâneos, a guerra foi

² Cf. CARL VON CLAUSEWITZ, *De la Guerra*, Barcelona, Editorial Labor, 1992, p. 31.

³ Cf. CARL VON CLAUSEWITZ, *De la Guerra*, *op. cit.*, p. 47.

sempre entendida como “um fenómeno essencialmente social de carácter público”, como ensina Giorgio del Vecchio⁴, o que, aliás, é bem vincado no conceito de guerra elaborado por Cícero, que a entende como “um debate que se resolve pela força”. Essa ideia de guerra como fenómeno de carácter público é assumida por Gentili, para quem “*bellum est publicorum armorum justa contentio*”⁵, ou o oferecido por Grócio “*bellum (est) status per vim certantium, qual tales sunt*”. Por seu lado, Kant também elaborou um conceito de guerra, seguindo de certo modo Rousseau.

De qualquer forma, podemos afirmar que a ideação dominante da guerra como um fenómeno de natureza pública e com dimensão jurídica contribuiu decisivamente para a protecção dos não combatentes e até mesmo de bens essenciais à sobrevivência humana, protecção assegurada pelo Direito Internacional, quer costumeiro, quer convencional. Também decorre da ideia moderna da guerra que esta é um mal necessário inerente ao sistema estatal (Rousseau e Vattel) e que, mesmo que se aceite que ela é um instrumento da vida política, sempre deverão os governantes usá-lo com moderação.

Esta aproximação do conceito de guerra não se preocupa com as causas desse fenómeno, nem se preocupou em saber se ele contém ou não uma dimensão moral. Mas pode implicar a elaboração de uma tipologia da guerra, que poderá ter efeitos em sede da aplicação do Direito Humanitário. Assim, e resumidamente, podemos dizer que as guerras podem ser classificadas de acordo com as diferentes épocas históricas. Assim, as guerras primitivas, que se davam entre sociedades pouco diferenciadas; as guerras imperiais, já dotadas de meios técnicos mais sofisticados e com exércitos mais disciplinados que lutam com o objectivo de expansão e ocupação territorial; as guerras senhoriais, próprias da Idade Média; as guerras nacionais, na época moderna e com a emergência do Estado-nação; e a guerra total e guerras de libertação.

Hoje, fala-se mais de conflitos armados do que de guerras, exactamente porque se quer também recobrir com esse conceito não só as guerras interestatais como as guerras intra-estatais, todos com o objectivo de controlo de território, do poder e imposição de uma ideologia. Qualquer que seja o objectivo da guerra, esta é sempre a violência institucionalizada e limitada pelo Direito.

1.2.2. Causas da guerra e legitimidade

Contudo, dúvidas não há sobre a existência de causas da guerra, nem com a longa busca da legitimação da guerra pela moral. Existência de causas e legitimação moral que convocam naturalmente para a mais clássica distinção entre o *ius ad bellum* e o *ius in bello*.

⁴ Cf. GIORGIO DEL VECCHIO, *Direito e Paz*, Braga, Livraria Cruz, 1968, p. 199.

⁵ Cf. ALBERICO GENTILI, *De Jure Belli*, livro I, capítulo II.

De facto, as causas da guerra são factores que estão a montante do conflito, que o precedem, portanto, a provocam. A legitimação é factor que se constrói antes do início de uma guerra, mas que tem necessariamente de se manter operativamente actuante ao longo do conflito. Nas causas releva a dimensão objectiva da guerra; na legitimação localiza-se a sua dimensão político-ideológica. Ambas integram o conceito de *ius ad bellum*, sendo certo que no *ius in bello* as causas são irrelevantes, a legitimação continua a ter relevância, mas o determinante é a dimensão ético-jurídica da conduta das forças em presença.

Sob o ponto de vista das causas, Giorgio del Vecchio defende que as causas da guerra podem ser da mais variada natureza e vão desde o saque, nas sociedades primitivas, até à invenção tecnológica, passando pela cultura, religião, conquista territorial e até mesmo a evolução das espécies⁶. Sob o ponto de vista da legitimidade, teremos de analisar as teorias da guerra justa.

2. A legitimação da guerra: um secular esforço humano (teorias da guerra justa)

É generalizada a ideia de que foi Grócio que, na Idade Moderna, teorizou o conceito da guerra justa. Contudo, podemos afirmar que Alberico Gentili, na sua obra *De Jure Belli* (1588-1589), tratou juridicamente a guerra. Mas o conceito da guerra justa remonta às teses de Santo Agostinho, mais tarde tratadas por São Tomás de Aquino e retomadas pela Escola Espanhola do Direito Internacional, Francisco Vitória e Francisco Suarez, a partir do qual fez carreira. Poder-se-ia assim dizer que esse conceito tem a sua origem nas concepções cristãs, se não fosse o facto de, quer na Grécia, quer em Roma, se colocar a questão da legitimação religiosa da guerra. É certo que é Santo Agostinho quem fala da guerra justa para se referir a uma guerra religiosamente legitimada.

Para Santo Agostinho, uma guerra só pode ser justa se reunir três requisitos fundamentais, a saber: *auctoritas principis* (ordenada por um príncipe), por ser este a única autoridade com competência para defender o Estados contra os inimigos externos; ser uma guerra feita contra quem tenha cometido um crime e mereça ser combatido para se repor a justiça violada; e que haja *recta ratio* dos beligerantes, ou seja, que com a guerra queiram promover o bem e a paz. Esta é, grosso modo, a tese de S. Tomás que vai ser retomada e desenvolvida pelos teólogos-juristas da Escola Espanhola do Direito Internacional. De entre eles destacamos as teorias de Francisco Vitória e de Suarez.

⁶ Cf. GIORGIO DEL VECCHIO, *Direito e Paz*, op. cit., pp. 199 e ss.

Analisando a teoria da guerra de Francisco Vitória, defendida em várias obras, nomeadamente *De Indis recener inventis* e *De Indis, sive iure belli Hispanorum in bárbaros*, começaremos por lembrar que, para este teólogo jurista, a *orbis* é uma República que tem o poder de estatuir leis equitativas e todos os Povos, mesmo os bárbaros e pagãos, têm governos legítimos, não sendo legítimo aos estados cristãos privar os povos infiéis dos seus bens e dos seus território só pelo facto de serem infiéis. A diferença de religião não é, por si só, causa da guerra. Entende este professor de Salamanca que nem o Imperador é o soberano do mundo inteiro, nem o Papa é soberano civil ou temporal de todo o mundo, não lhe assistindo poder sobre os infiéis.

Com base nesse pensamento, Vitória defende, na esteira de Santo Agostinho, que a guerra só é legítima se com ela se conseguir garantir a paz ou, por outras palavras, se for ela própria garantia de uma paz segura – *pax et securitatis reipublicae*. Mas a guerra só deve ser desencadeada se houver uma ofensa grave, dado que as ofensas leves não justificam a guerra.

Importa realçar que Vitória defende a guerra defensiva – *vim vi reppellere licet*. Mas, em diversas passagens, Vitória discute o modo de conduzir a guerra, inaugurando de certo modo uma teoria do Direito Humanitário. Na verdade, Vitória defende que não é lícito matar deliberadamente inocentes, nomeadamente crianças e mulheres, despojar agricultores, matar os culpados por pura vingança, nem matar os reféns que não tenham pegado em armas. É certo que Vitória defende a expoliação, a redução dos prisioneiros à escravatura e a imposição de tributos aos vencidos como forma de recuperar os bens perdidos na e por causa da guerra e pelos vencedores. Mas essa, de certo modo, era a doutrina dominante da época. Esta doutrina de Vitória foi, de certo modo, adoptada pela Escola Espanhola, nomeadamente por Bartolomeu de las Casas, Melchior Cano (1509-1560) que sucedeu Vitória na Cátedra, e Domingo de Soto (1494-1560), mas que condenava a escravatura e o tráfico de negros.

Por seu lado, Alberico Gentili, em 1588-1589, no seu *De Jure Belli* defendia que a justiça da guerra devia resultar não só das suas causas, como das suas acções, dando assim um passo decisivo para a afirmação de *ius in bello* humanitariamente limitado. Partindo das teses defendidas no Direito romano, Gentili defende que a *recta ratio* ensina que a guerra só é justa se for necessária e que antes de a iniciar deve sempre procurar resolver os conflitos pela arbitragem. Desenvolve todo um conjunto de regras reguladoras da justiça da guerra e analisa o *ius in bello* condenado o envenenamento, a violação de tréguas, o extermínio de prisioneiros, a violência contra as mulheres e crianças, e advogando que, para prosseguir o fim último da guerra, que é a paz segura, o vencedor não deve abusar dos seus poderes.

Finalmente, Francisco Suarez (1548-1617), no seu *De Triplici Virtute Theologali*, trata a questão da guerra, defendendo, como fez Vitória, que a guerra não pode ser condenada em absoluto, mas deve respeitar os requisitos defen-

didados por Santo Agostinho e por S. Tomas – a autoridade legítima do príncipe para a declarar e a justa causa que só pode ser a grave injustiça sofrida, considerando que a proibição do comércio recíproco e do trânsito com fins pacíficos são justa causa da guerra. Tal como acontecia com a sua escola, Suarez trata de forma sumária o *ius in bello* para dizer que não é lícito matar inocente, mulheres e crianças, e pessoas incapazes de pegar em armas, não é lícito reduzir os prisioneiros à escravidão.

Grócio, na sua obra *De Jure Bellum ac Pacis*, defende que a guerra só é justa se for feita para a defesa, a recuperação do que é devido ou a punição. Tudo o mais não justifica a guerra. Sob o ponto de vista do *ius in bello*, entende Grócio que todos os meios podem ser usados para a prossecução dos fins da guerra, a paz segura. Daí que Grócio defenda o recurso a meios cruéis para o efeito, nomeadamente graves malfeitorias, como o uso de veneno, o apoderamento dos bens do inimigo, a apropriação de pessoas e coisas, o direito de matar os prisioneiros. É claro que Grócio depois procura limitar esses direitos com imperativos morais, advogando que embora seja lícito o massacre de multidões, este deve ser evitado.

Puffendorf, em 1672, escreve o seu *De Jure Naturae e Gentium*, onde, sob a influência de Hobbes, acaba por defender teses muito próximas da de Grócio.

Bynherhoek (1737) trata com originalidade o Direito da guerra na sua *quaestio juris publici – De rebus bellicis* –, mas na óptica da defesa dos interesses do seu país, a Holanda.

Kant, por seu lado, na sua *Zum ewigen Frieden* (1795), defende a paz perpétua através da formação de uma República mundial – *Weltrepublik* –, propondo um conjunto de limitações da guerra, quer no que se refere às causas, quer ao modo de a conduzir. Nesta matéria, Kant não se distancia de Vitória e de Suarez, pelo que remetemos para as doutrinas destes teólogos.

Rousseau, no seu *Du Contrat Social*, começa por defender um importante princípio segundo o qual “a guerra não é de forma alguma uma relação de homem a homem, mas sim uma relação de Estado a Estado no qual os particulares só acidentalmente são inimigos, não como homens, nem sequer como cidadãos, mas sim como soldados”. Este princípio implica que, no decurso da guerra, devem ser poupados todos aqueles que não integram os exércitos, mas também os soldados que tenham deposto as armas. Com esse fundamento defende a necessidade de um acordo internacional com vista a socorrer os feridos de guerra. Esta tese que impõe o respeito pela vida dos não combatentes tinha atrás de si um longo passado histórico que se lhe opunha com teorias como as de De Martens que aceitava considerar como inimigos os súbditos dos Estado contra o qual foi declarada a guerra.

3. A proscricção da guerra: um moderno e inumano esforço

O Direito Internacional clássico reconhecia a liberdade de fazer a guerra, sendo esta considerada com uma actividade lícita, uma manifestação normal da “soberania” dos poderes soberanos. Esta concepção da guerra foi aceite e advogada pela doutrina, nomeadamente a dos teólogos juristas dos séculos XVI e XVII, que, com o objectivo de a legitimar, retomaram o conceito de guerra justa elaborado por Santo Agostinho e aperfeiçoado por S. Tomás de Aquino. Nenhuma norma do Direito Internacional proibia, portanto, a guerra, pelo que estava na disponibilidade dos Estados fazê-la ou não.

Acontece que, no início do século XX – 1902 –, a cobrança de dívida à Argentina pelo Reino Unido, Alemanha e Itália pela via bélica deu origem a uma acção diplomática de que veio a resultar uma Convenção sobre a limitação do emprego da força para recuperação de dívidas contratuais, que ficou conhecida pela Convenção Drago-Poter, pelos apelidos do Ministro dos Negócios Estrangeiros da Argentina e do plenipotenciário dos USA, respectivamente. De acordo com essa Convenção “as potências contratantes estão de acordo em não recorrerem à força armada para a cobrança de dívidas contratuais reclamadas ao governo de um país pelo governo de um outro país como dívidas aos seus nacionais”. É claro que essa Convenção não previa qualquer sanção pela violação e, por isso, o poder discricionário dos Estados de recorrer à guerra não tinha sido por ela limitado. De qualquer forma, foi o primeiro esforço para limitar o recurso à guerra, ou, como dizem Quoc Dihn, Daillier e Pellet, “se bem que esta convenção tenha deixado praticamente intacta a competência discricionária dos Estados de recorrer à força armada, ela é um primeiro passo essencial como ponto de partida das tentativas feitas para proporcionar os fundamentos objectivos ao não-recurso à força e impor o uso de meios de resolução pacífica dos conflitos”⁷.

Finda a Primeira Grande Guerra, nova tentativa de proibir, ou de quando menos limitar, o recurso à força para a resolução dos conflitos foi feita pelas nações, agora no Pacto da Sociedade das Nações. A consciência de que agora as guerras alcançavam uma dimensão mundial com graves consequências para a humanidade levou a que, logo no Preâmbulo do Pacto, se declarasse solenemente a intenção de limitar o recurso à força como forma de resolver os conflitos. Para tanto, o artigo 10.º do Pacto da Sociedade das Nações interdita a guerra de agressão, quando estabelece que os membros da Sociedade das Nações se comprometem a manter a integridade territorial e a independência política de todos contra qualquer guerra de agressão, devendo o Conselho adoptar as medidas adequadas para assegurar a execução dessa sua obrigação. As guerras são ilícitas

⁷ Cf. NGUYEN QUOC DIHN, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *Direito Internacional Público*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 818.

se forem declaradas e iniciadas sem que previamente não se tenha submetido o conflito à arbitragem, ao exame pelo Conselho e à jurisdição, para a sua resolução pacífica – artigo 12.º da Pacto –, e ainda as guerras desencadeadas contra Estado que respeite as recomendações contidas em relatório do Conselho aprovado por unanimidade ou as decisões arbitrais ou jurisdicionais – artigo 15.º do Pacto.

Mas, mesmo nos casos em que a guerra é considerada lícita, e ainda com vista de evitar a sua eclosão, o Pacto estabelece que a licitude da guerra depende de uma moratória de três meses, conhecida por moratória da guerra, prazo que se conta a partir da data da decisão jurisdicional arbitral ou do Conselho. Todo esse esforço do Pacto da Sociedade das Nações no sentido de ilegalizar a guerra não impediu que fora dessa organização não se continuasse a procurar soluções jurídico-internacionais para a proibição da guerra como meio de solução dos conflitos internacionais.

Nesse quadro, surge, em 1927, o Pacto Briand-Kellog (nome do Ministro francês dos Negócios Estrangeiros e do Secretário de Estado norte-americano) que consagra a renúncia à guerra como forma de resolver os conflitos internacionais. Estes dois diplomatas, no decurso da renegociação de um tratado de arbitragem entre a França e os USA, decidiram, por proposta de Kellog, alargar a todos os Estados a proposta feita por Briand de associar a esse tratado de arbitragem a renúncia à guerra por ambos os Estados, o que fizeram, obtendo a inicialmente a participação inicial de quinze Estados e, dez anos depois da sua entrada em vigor, a adesão de mais quarenta e oito Estados. O Tratado de renúncia à guerra entrou em vigor em 24 de Julho de 1929 e, em 1939, já se aplicava a 63 Estados. A formulação da renúncia à guerra feita no artigo 1.º desse Tratado é tão ampla⁸ que recobre uma proibição geral da guerra, deixando de fora exclusivamente os conflitos armados conduzidos em legítima defesa. Mas, esse esforço de banir a guerra nas relações internacionais continua a ser feito mesmo fora da Europa. De facto, no continente americano, a partir da doutrina Stimson⁹, de acordo com a qual não deve ser internacionalmente reconhecida a ocupação e

⁸ De facto, estabelece o artigo 1.º do Pacto “As Altas Partes contratantes declaram solenemente que condenam o recurso à guerra para a resolução dos conflitos internacionais e renunciam a ela enquanto instrumento de política nacional nas suas relações” e logo no artigo 2.º essas mesmas Altas Partes declaram que “concordam que a resolução ou solução de todos os diferendos ou conflitos de qualquer natureza ou origem que possa surgir entre elas nunca será procurada a não ser por meios pacíficos”. Esse Pacto pode ser visto em JOSÉ ALBERTO AZEREDO LOPES, *Textos Históricos do Direito e das Relações Internacionais*, Porto, 1999, pp 359-362.

⁹ Relembramos que esta doutrina foi formulada na Nota do Secretário de Estado norte-americano Stimson, dirigida, em 7 de Janeiro de 1932, ao Japão e à República da China após operações militares japonesas em território chinês de que resultou a ocupação da Manchúria pelo Japão. O texto desta Nota pode ser visto em JOSÉ ALBERTO AZEREDO LOPES, *Textos Históricos do Direito e das Relações Internacionais*, op. cit., pp. 363-364.

as aquisições territoriais feitas pela via armada, vários (19) Estados americanos produzem, em 3 de Agosto de 1932, uma Declaração a apoiar tal doutrina, declarando que renunciam ao uso da força para a resolução dos seus diferendos e, em 10 de Outubro de 1933, no Rio de Janeiro, vários Estados americanos celebram a Convenção Inter-Americana sobre a Prevenção da Guerra, Não-Agressão e Conciliação, que ficou conhecida por Convenção Saavedra-Lamas, em que condenam a guerra de agressão nas suas relações mútuas ou com outros Estados, e para a resolução dos seus conflitos declaram que adoptam os meios pacíficos internacionalmente consagrados e reafirmam a doutrina Stimson.

O grande problema de todos esses esforços é que deles não resulta nenhum sistema sancionatório para a violação das convenções acima indicadas, o que fragiliza a eficácia das normas que proíbem a guerra. Talvez por isso, tais Convenções e Declarações não conseguiram evitar o deflagrar da Segunda Grande Guerra e os seus horrorosos efeitos. Se, de facto, a Batalha de Solverino revelou a barbaridade e a conseqüente desumanidade da guerra, a Segunda Guerra com o Holocausto nazi foi decisivo para se compreender a necessidade de proscriver ou, quando menos, de limitar seriamente o uso da força nas relações internacionais. Por isso mesmo, a Carta das Nações Unidas preocupa-se com os conflitos armados inter-estatais e proclama interdição total do recurso à força. De facto, o artigo 2.º da Carta¹⁰, dizem-nos Quoc Dihn, Daillier e Pellet, completa a evolução normativa da proibição da guerra como meio de resolução dos conflitos internacionais, visto que proíbe todo e qualquer recurso à força, de que a guerra é a forma extrema¹¹. A Carta desenvolve todo um conjunto complexo de mecanismos de controlo da guerra, embora o princípio da proibição do uso da força sofra limitações, isto é, não seja absoluto, pois o uso da força é permitido desde que seja compatível com os objectivos das Nações Unidas, compatibilidade que se reconhece desde logo no caso da legítima defesa e de assistência a um Estado vítima de agressão ou sempre que o Conselho de Segurança entenda haver tal compatibilidade.

Como pode ver-se, até ao início do século XX, a guerra não estava proibida e nenhum esforço tinha sido seriamente feito para a proscriver, embora se tenha procurado limitá-la pela via do conceito da guerra justa. A partir da Convenção Drago-Porter até à Carta das Nações Unidas, a humanidade fez um enorme esforço no sentido de proscriver o uso da força nas relações internacionais ou, quando menos, de a limitar seriamente com vista a evitar sofrimen-

¹⁰ Onde, no n.º 4, se estabelece que “os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objectivos das Nações Unidas”.

¹¹ Cf. NGUYEN QUOC DIHN, PATRICK DAILLIER e ALAIN PELLET, *Direito Internacional Público*, op. cit., p. 821.

to dos povos, esforços que culminaram com a redacção do artigo 2.º da Carta. Contudo, apesar desses esforços, não só os Estados continuaram a usar a força para resolver os seus diferendos, como surgem novas formas de conflitos bélico quer internacionais, quer intra-estatais geradores de enorme sofrimentos das populações civis e não combatentes, bem como de graves danos ambientais e patrimoniais, conflitos esses que apelam ao Direito Internacional Humanitário para disciplinar o tratamento dos combatentes e dos não combatentes e para impor o respeito pelo princípio da humanidade.

II. Lição n.º 2 – A protecção dos prisioneiros de guerra no Direito Internacional Humanitário como dimensão do *Ius in Bello*

1. Conceito de Direito Humanitário e sua distinção do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Revelada a concepção da guerra e da guerra justa, historicamente elaborada por diversos filósofos, podemos ver que a ideia do Direito Humanitário nela está presente de forma difusa e que, com o conceito de guerra defendido por Rousseau, as bases fundantes do Direito Humanitário são lançadas. Este começa assim por ser entendido como “um conjunto de princípios e de regras que visam controlar o fenómeno bélico, regulamentando os seus métodos e os meios de combate, distinguindo entre pessoas e bens civis e objectivos militares, protegendo as vítimas e quem as assiste, com vista a limitar em grande medida os ingentes males que a mesma causa aos seres humanos”, diz-nos Manuel Perez Gonzalez.

Deste conceito decorre que o Direito Internacional Humanitário não visa regular os conflitos armados, mas sim a protecção da população e dos bens civis dos efeitos das hostilidades. Como diria Lauterpacht, esse Direito visa “to prevent or mitigate suffering, and in some cases to rescue live from savagery of battle and passion”. Decorre do que acabamos de dizer que esse Direito vai orientado para a protecção das vítimas civis e não directamente dos combatentes, visto que, como defende Urbina, o conjunto de restrições que se impõem aos beligerantes no desenvolvimento das operações militares aspira a proteger a dignidade humana. Deste modo, o princípio rector desse Direito é o da humanidade, a que se associam os da proibição de males supérfluos e da distinção material e pessoal entre objectivos militares e civis e combatente e população civil.

Assentes estas ideias preliminares, importa agora distinguir Direito Internacional Humanitário de Direito Internacional dos Direitos Humanos. De

facto, embora ambos os Direitos tenham como objectivo proteger a pessoa humana, as suas diferenças são significativas. Vejamos algumas:

- a) O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem como objectivo primário e essencial regular a protecção da pessoa humana em tempo de paz, e as relações entre os Estados e os seus cidadãos;
- b) O Direito Internacional Humanitário tem como objectivo principal a situação de conflitos armados e as relações entre um Estado e os cidadãos de outro Estado seu adversário, relações baseadas mais no poder das armas do que na lei;
- c) Os Direito Internacional dos Direitos Humanos impõe aos Estados que participam nos tratados internacionais o dever de tratar os seus cidadãos e os estrangeiros que se encontram sob sua jurisdição com respeito pelas regras desses tratados, mesmo que os estrangeiros sejam nacionais de Estados que não sejam parte nesses tratados.
- d) O Direito Internacional Humanitário só vincula os Estados que sejam partes nos tratados que o regulam. Mas, entre os Estados vinculados pelos tratados de Direito Internacional Humanitário, não se impõe o princípio da reciprocidade, pelo que cada Estado deve aplicá-lo mesmo que o outro o não aplique. Esclareça-se que hoje entende-se que o Direito Internacional Humanitário é aplicável pelos Estados em conflito entre eles, mesmo que não estejam vinculados nas suas relações pactícias desde que cada um seja parte nos tratados relativos a esse Direito.
- e) O Direito Internacional Humanitário, na sua versão clássica, só se aplicava nas guerras, mas hoje o entendimento dominante é o de que ele é aplicável em todos os conflitos armados internacionais, mesmo que não tenha havido uma declaração formal de guerra.

2. Evolução histórica do Direito Humanitário

Podemos agora abordar a evolução histórica do Direito Humanitário, o que iremos aqui fazer sob o ponto de vista doutrinal e normativo, começando pelo primeiro.

2.1. Ponto de vista doutrinal

Pensamos não ser exagerado afirmar que, desde a mais remota antiguidade, todos os povos se esforçaram por disciplinar a guerra, isto é, as operações militares com vista a evitar sofrimentos desnecessários quer para os combatentes quer para os não combatentes, submetendo todas as acções bélicas a regras

de conduta que correspondiam à percepção dos efeitos da guerra em cada época histórica. Assim, por exemplo, os Sumérios e os Hititas impunham a obrigação de a guerra, antes de ser iniciada, ser previamente declarada e que ela cessasse com um tratado de paz. Por seu lado, na Babilónia, o Código de Hammurabi (1728-1686 a.C.) estabelecia a obrigação de proteger os presos e estabelecia que os reféns deveriam ser libertados com o pagamento de resgate. Cirus, rei dos Persas, na guerra contra os Caldeus ordenou que os inimigos feridos fossem tratados. Também, na Índia, o Código Manu proibia a morte dos soldados que se rendiam, que estivessem incapacitados de combater, ao mesmo tempo que proibia o uso do veneno e de setas incendiárias, estabelecia a obrigação de proteger os prisioneiros de guerra e a propriedade dos inimigos. Já os Gregos estabeleciam a obrigação de proteger os edifícios das embaixadas, os templos, bem como os sacerdotes e enviados dos inimigos para negociações; proibiam o envenenamento e impunham ainda a obrigação de respeitar a vida e a dignidade pessoal das vítimas da guerra como um princípio fundamental. Por seu lado, os Romanos estabeleciam a proibição de matar os prisioneiros de guerra.

Deixando de lado a época medieval, já acima tratada, sempre diremos que, no Japão, o código de honra *Bushi Do* (caminho do guerreiro), influenciado pelo Budismo e pelo Confucionismo, incluía regras destinadas a regular o tratamento dos prisioneiros e outras de humanidade que deveriam ser respeitadas no decurso das batalhas.

No século XIX, continuam a ganhar terreno as ideias humanitárias e o respeito pela pessoa no decurso da guerra, surgindo a primeira legislação codificada ou pactícia e a primeira organização internacional vocacionada a tratar as vítimas da guerra. Assim, é importante assinalar desde já o Lieber Code, elaborado em 1861, por Francis Lieber, professor germano-americano de Ciência Política e que inaugura, com os seus 157 artigos, a compilação dos costumes jurídico-internacionais sobre as regras de conduta na guerra. Esse Código, elaborado a pedido do Presidente Lincoln, vai servir, a partir de 1863, de Código de Conduta Militar do Exército da União no decurso da guerra civil americana, impondo regras humanitárias que deveriam ser respeitadas no decurso da guerra, nomeada e especificamente, as relativas ao tratamento dos soldados feridos ou prisioneiros. Esse Código é considerado como o mais directo antecessor do chamado Direito de Haia e o primeiro esforço sério para compilar, num texto simples, o Direito costumeiro da guerra. Pouco antes da publicação deste Código, os horrores da Batalha de Solferino (1859) levaram Henri Durant a escrever *As Memórias de Solferino* e, de seguida, conjuntamente com o seu irmão, a fundar a Cruz Vermelha Internacional. Em 1864, surge o primeiro tratado de Direito Humanitário, a Convenção de Genebra sobre a Melhoria das Condições dos Feridos de Guerra, que determinava que os feridos de guerra do exército inimigo deveriam ser transportados e tratados nas mesmas condições dos soldados das forças amigas. Com este Tratado inaugura-se o Direito de Genebra, todo ele

preocupado com as vítimas dos conflitos armados: doentes, feridos, prisioneiros de guerra, náufragos e civis. Mais tarde, em 1868, a Declaração de S. Petersburgo vem introduzir limitações no uso de armas de guerra, codificando princípios jurídico-internacionais de natureza costumeira que proíbem o uso de armas de guerra que possam causar sofrimentos desnecessários. Pensamos que é nesta declaração que pela primeira vez se fala de Direito Humanitário. Mais tarde, em 1874, surge a Declaração de Bruxelas que consagra o primeiro Código moderno sobre o Direito e o costume da Guerra e que, mais tarde, vai ser desenvolvido pelo Direito de Haia, de 1906, que nunca chegou a ser adoptado pelos Estados. Contudo, exerceu enorme influência, a ponto de as suas regras terem sido incorporadas pela Comissão do Direito Internacional no *Manual de Oxford sobre as Leis e os Costumes da Guerra*. Importa registar ainda a Declaração de Haia, de 29 de Julho de 1899, sobre balas de expansão, conhecidas por “*dum-dum-bullets*” e o Procès-Verbal de Londres, de 1936, sobre a guerra submarina.

Acontece que, na primeira Guerra Mundial, foi pela primeira utilizada a força aérea num conflito militar para bombardear cidades. Essa nova arma levou a compreender que as leis da guerra até aí estabelecidas revelavam-se insuficientes para evitar sofrimento das populações civis não combatentes e a destruição de bens não militares. Esse facto levou a que fossem elaboradas as Regras de Haia sobre a guerra aérea que tinham em vista estabelecer um equilíbrio entre os interesses militares e a protecção das populações civis. Essas regras nunca entraram em vigor e nem sequer foram tidas em consideração durante a segunda grande guerra.

Em 1929, em Genebra, foram assinadas duas importantes e decisivas convenções sobre a Melhoria das Condições dos Feridos e Doentes dos Exércitos em Campo e a Convenção sobre o Tratamento dos Prisioneiros de Guerra.

2.2. Ponto de vista normativo

Existe um conjunto de Convenções que, historicamente, foram constituindo as bases jurídico-normativas do Direito Internacional Humanitário, sendo útil relembrar que, no século XX, os mais importantes instrumentos internacionais reguladores do Direito Internacional Humanitário sofreram forte e decisiva influência da Declaração de S. Petersburgo, de 1868, que introduz limitações no uso de armas de guerra, codificando princípios jurídico-internacionais de natureza costumeira que proíbem o uso de armas de guerra que possam causar sofrimentos desnecessários, e da Declaração de Bruxelas, de 1874, que consagra o primeiro Código moderno sobre o Direito e o costume da Guerra. Importa dizer ainda que, afora essas duas importantes Declarações, importa registar a Declaração de Haia, de 29 de Julho de 1899, sobre balas de expansão, conhecidas por “*dum-dum-bullets*”.

Limitar-nos-emos aqui a enumerar as principais Convenções internacionais constitutivas do Direito Internacional Humanitário, que, de seguida, serão objecto de estudo sistemático. Assim:

1) *Antiguidade*

Código de Hammurabi

Código Manú

2) *Século XIX*

1861, Código de Conduta Militar do Exército da União (conhecido por *Lieber Code*)

3) *Século XX*

1906, Direito de Haia, formado pelas seguintes Convenções:

- a) Convenção de Haia III sobre a Abertura das Hostilidades;
- b) Convenção de Haia IV sobre as Leis e os Costumes da Guerra Terrestre e o seu Anexo denominado Regulamento das Leis e Costumes da Guerra Terrestre;
- c) Convenção de Haia V sobre os Direitos e Deveres dos Poderes e da Pessoas Neutras em Caso de Guerra Terrestre;
- d) Convenção de Haia VI sobre o Estatuto dos Navios Mercantes Inimigos na Eclosão das Hostilidades;
- e) Convenção de Haia VII sobre a Conversão em Navios de Guerra dos Navios Mercantes Inimigos na Eclosão das Hostilidades;
- f) Convenção de Haia VIII sobre a Colocação de Minas Submarinas;
- g) Convenção de Haia IX sobre o Bombardeamento pelas Forças Navais em Tempo de Guerra;
- h) Convenção de Haia XI sobre Certas Restrições com vista ao Exercício do Direito de Captura na Guerra Naval;
- i) Convenção de Haia XIII sobre os Direitos e Deveres dos Poderes Neutros em Caso de Guerra Naval.

Como pode ver-se, o chamado Direito de Haia é constituído por vários instrumentos que visam regular o Direito Humanitário desde o início das hostilidades, obrigando a uma declaração formal de guerra – Convenção de Haia III –, e regulando a guerra terrestre e marítima.

1925, Protocolo de Genebra sobre a Proibição do Uso na Guerra de Gases Asfixiantes, Veneno e Outros Gases e Métodos Bacteriológicos de Guerra, de 17 de Junho;

1929, Convenção sobre a Melhoria das Condições dos Feridos e Doentes dos Exércitos em Campo e a Convenção sobre o Tratamento dos Prisioneiros de Guerra;

1949, Direito de Genebra, constituído pelas Convenções e Protocolos Adicionais de 1977, que a seguir se indicam:

- a) Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha, de 12 de Agosto;
- b) Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar, de 12 de Agosto;
- c) Convenção de Genebra relativo ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, de 12 de Agosto;
- d) Convenção de Genebra relativa aos Civis em Tempo de Guerra, de 12 de Agosto.

1954, Convenção de Haia sobre a Protecção dos Bens Culturais no Caso de Conflitos Armados, de 14 de Maio;

1972, Convenção sobre a Proibição do Desenvolvimento, Produção e Armazenagem de Armas Biológicas e Tóxicas e sobre a sua Destruição, de 10 de Abril;

1977, Convenção sobre a Proibição do Uso Militar ou Hostil de Técnicas de Modificação do Meio Ambiente, de 18 de Maio;

1977, Protocolos à Convenção de Genebra de 1949, que são os seguintes:

- a) Protocolo Adicional relativo à Protecção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais, de 12 de Dezembro;
- b) Protocolo Adicional relativo à Protecção das Vítimas de Conflitos Armados Não Internacionais, de 12 de Dezembro.

1980, Convenção sobre a Proibição ou Restrição do Uso de Certas Armas Convencionais capazes de causar Danos Excessivos ou de Efeitos Indiscriminados.

Como pode ver-se, as fontes normativas são em grande número e visam regular o uso de armas, a protecção de pessoas e bens e também do meio-ambiente.

3. As fontes do Direito Humanitário

Faremos aqui breve referência ao *Lieber Code* exactamente por ter sido ele a consagrar os dois princípios estruturantes do Direito Humanitário nos Conflitos Armados, que são o princípio da necessidade e o da proporcionalidade. Com efeito, os artigos 14.º a 16.º desse Código consagram de forma clara e inequívoca o princípio da necessidade¹², quando aí se estabelece, no seu artigo

¹² De facto, dizem-nos esses artigos que: “Military necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war” (artigo 14.º).

14.º, que “[m]ilitary necessity, as understood by modern civilized nations, consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war”, acrescentando, no artigo 16.º, que “[m]ilitary necessity does not admit of cruelty – that is, the infliction of suffering for the sake of suffering or for revenge, nor of maiming or wounding except in fight, nor of torture to extort confessions. It does not admit of the use of poison in any way, nor of the wanton devastation of a district. It admits of deception, but disclaims acts of perfidy; and, in general, military necessity does not include any act of hostility which makes the return to peace unnecessarily difficult”.

Por seu lado, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual as partes em conflito só devem usar os meios bélicos ou adoptar medidas militar ou de outra natureza estritamente proporcionais às forças usadas pelo inimigo e necessários para o derrotar ou para atingir os seus objectivos militares, é proclamado no acima referido artigo 14.º do Código, quando aí se estipula que “consists in the necessity of those measures which are indispensable for securing the ends of the war, and which are lawful according to the modern law and usages of war”.

É também esse Código que consagra um conjunto de normas sobre os prisioneiros de guerra e o seu tratamento¹³, bem como sobre a protecção do

“Military necessity admits of all direct destruction of life or limb of armed enemies, and of other persons whose destruction is incidentally unavoidable in the armed contests of the war; it allows of the capturing of every armed enemy, and every enemy of importance to the hostile government, or of peculiar danger to the captor; it allows of all destruction of property, and obstruction of the ways and channels of traffic, travel, or communication, and of all withholding of sustenance or means of life from the enemy; of the appropriation of whatever an enemy’s country affords necessary for the subsistence and safety of the Army, and of such deception as does not involve the breaking of good faith either positively pledged, regarding agreements entered into during the war, or supposed by the modern law of war to exist. Men who take up arms against one another in public war do not cease on this account to be moral beings, responsible to one another and to God” (artigo 15.º). “Military necessity does not admit of cruelty – that is, the infliction of suffering for the sake of suffering or for revenge, nor of maiming or wounding except in fight, nor of torture to extort confessions. It does not admit of the use of poison in any way, nor of the wanton devastation of a district. It admits of deception, but disclaims acts of perfidy; and, in general, military necessity does not include any act of hostility which makes the return to peace unnecessarily difficult” (artigo 16.º).

¹³ Cf. Secção III intitulada “Deserters-Prisoners of war-Hostages-Booty on the battle-field”, onde se estabelece, nomeadamente que: “A prisoner of war is subject to no punishment for being a public enemy, nor is any revenge wreaked upon him by the intentional infliction of any suffering, or disgrace, by cruel imprisonment, want of food, by mutilation, death, or any other barbarity” (artigo 56.º); e ainda que “Every captured wounded enemy shall be medically treated, according to the ability of the medical staff” (artigo 79.º). Para melhor assegurar o tratamento humano dos prisioneiros de guerra ou dos feridos em conflito armado, o Código consagra que “[t]he enemy’s chaplains, officers of the medical staff, apothecaries, hospital nurses, and servants, if they fall into the hands of the American Army, are not prisoners of war, unless the commander has reasons to retain them. In this latter case, or if, at their own desire, they are allowed to remain with their cap-

património¹⁴, que vão ser adoptados, ampliados e aperfeiçoadas pelos instrumentos internacionais posteriores. Essas e muitas outras regras foram adoptadas pelo Direito de Haia e ampliadas e aperfeiçoadas pelo Direito de Genebra, como iremos ver de seguida.

De qualquer forma, faremos aqui o estudo das fontes exclusivamente sob o ponto de vista das normas constitutivas do Direito de Genebra e do Direito de Haia, deixando de lado as fontes normativas históricas aqui referidas e só falando do costume quando tal referência for necessária para iluminar o sentido e os fins dessas normas. Para tanto, é bom relembrar, com José Luis Rodriguez-Villasante y Prieto, que o Direito Internacional Humanitário é um conjunto de normas jurídico-convencionais – as várias Convenções já aqui referidas – que regulam:

- a) Os direitos e deveres dos que participam num conflito armado e os meios e modos de combate. Aqui estamos a falar do Direito de Haia.
- b) A protecção de pessoas – feridos, prisioneiros de guerra, enfermos, náufragos, população civil não combatente –, bem como os bens culturais e meio ambiente natural, indispensáveis à sobrevivência das populações vítimas das hostilidades.

Com esse direito, recorde-se, procura-se limitar o uso da força ao estritamente necessário à prossecução dos objectivos militares, sem afectar o estatuto internacional dos Estados contendores, e impor o respeito pelo princípio da humanidade e pelo seu corolário, o princípio da conservação da humanidade.

Posto isto, podemos agora passar à análise das duas fontes acima referidas – o Direito de Genebra e o Direito de Haia.

ured companions, they are treated as prisoners of war, and may be exchanged if the commander sees fit” (artigo 53.º), para além do disposto no artigo 16.º, citado em texto e na nota anterior.

¹⁴ “Classical works of art, libraries, scientific collections, or precious instruments, such as astronomical telescopes, as well as hospitals, must be secured against all avoidable injury, even when they are contained in fortified places whilst besieged or bombarded” (artigo 35.º) e, ainda, “If such works of art, libraries, collections, or instruments belonging to a hostile nation or government, can be removed without injury, the ruler of the conquering state or nation may order them to be seized and removed for the benefit of the said nation. The ultimate ownership is to be settled by the ensuing treaty of peace” (artigo 36.º).

III. Lição n.º 3 – Estudo das normas (regras e princípios) das Convenções de Genebra relativas ao tratamento dos prisioneiros de guerra

1. Fontes de Direito Internacional Humanitário

As fontes do Direito Internacional Humanitário são as mesmas do Direito Internacional Público em geral. Assim, temos o costume, os tratados, a doutrina a jurisprudência e os princípios gerais do Direito. Contudo, entre essas fontes, vamos estudar exclusivamente o costume e os tratados, bem como alguns princípios gerais conformadores do Direito Internacional Humanitário.

1.1. O costume

A principal fonte costumeira do Direito Internacional Humanitário é constituída pelos Usos e Costumes da Guerra, que vieram a ser codificados pelo Direito de Haia que, como sabemos já, é constituído por treze Convenções. Contudo, antes dessas Convenções, esses Usos e Costumes da Guerra tinham já sido codificados pela Convenção de Haia de 1899, que entrou em vigor em 1900.

Esses Costumes da Guerra, em bom rigor, protegem as populações civis não combatentes, bem como os próprios combatentes dos efeitos da guerra e declaram que o direito de lesar os inimigos em combate não é ilimitado – consagrado na Convenção de Haia de 1899, no seu artigo 22.º quando se diz que “the right of belligerents to adopt means of injuring the enemy is not unlimited”. É um Direito dos beligerantes, com vista a limitar os meios e os métodos ou modos de condução da guerra, consagrando proibições e limitações ao direito dos combatentes no decurso da guerra. Desses costumes que obrigam à declaração prévia da guerra, que proíbem o uso de meios perversos como o uso do veneno, a que se matem os prisioneiros, saqueiem cidades, bombardeiem cidades e povoações, etc. Numa palavra, como diria Vicente Ferrer Neto Paiva, na sua *Philosophia de Direito*, de 1857, não podem ser usados meios reputados de injustos e cruéis.

Também já do Direito costumeiro emergiam os princípios rectores de todo o Direito Humanitário que são o da humanidade e o da necessidade, pois, como defendia Vicente Ferrer Neto Paiva, a humanidade deve presidir todas as guerras e só a necessidade as pode justificar.

Ora, como tais costumes foram positivados na Convenção de Haia de 1899, deixamos a sua enunciação para o momento em que estudarmos essa Convenção.

1.2. Os tratados

Aqui temos de assinalar o Direito de Haia e o Direito de Genebra, esclarecendo que o primeiro, inaugurado nos princípios do século XX, teve em vista regular os meios e modos de guerra e o segundo a protecção dos feridos, das populações não combatentes dos próprios combatentes e dos bens culturais e meio-ambiental. Começaremos pelo Direito de Haia.

Trata-se de várias Convenções, que regulam os vários aspectos da guerra terrestre e naval. Poderemos dizer que o Direito de Haia é constituído em duas fases ou por dois grandes grupos de Convenções, a saber: o primeiro constituído pelas Convenções de 1899, que entraram em vigor em 1900, e o segundo pelas Convenções de 1907, que entraram em vigor nesse mesmo ano. Importa dizer que a doutrina fixada no primeiro grupo de Convenções orientou toda a construção do segundo, sendo certo que os Usos e Costumes da Guerra são positivadas pela primeira vez a nível multilateral nesse direito de 1899.

A respeito do Direito de Haia de 1899, interessa-nos ver essencialmente a Convenção de Haia II que se refere às Leis e Costumes da Guerra Terrestre. Essa Convenção, que consagra a vinculação dos beligerantes às leis e costumes da guerra e ao Direito internacional, proíbe o uso da força contra cidades e aldeias indefesas, está dividida em quatro grandes Secções, a saber:

- Secção I que trata dos Beligerantes
- Secção II que regula as Hostilidades
- Secção III que trata dos poderes da Autoridade Militar em Território Inimigo
- Secção IV que trata do Internamento dos Beligerantes e da prestação de cuidados médicos aos doentes em território neutro.

Na Secção I, começa por estabelecer-se que a Convenção se aplica não só aos exércitos, como às milícias e aos corpos de voluntários, desde que estejam sob comando reconhecido, usem uniforme e transportem armas de forma visível, consagrando ainda que devem ser tratados como beligerantes as populações que peguem em armas antes de os seus territórios serem ocupados pelas forças suas inimigas. Dedicar seis artigos aos prisioneiros de guerra para impor que sejam tratados com humanidade e que só podem ser obrigados a dizer o nome e o posto. Os acompanhantes dos exércitos, como por exemplo os jornalistas, devem ser tratados com humanidade e nos mesmos termos que os prisioneiros.

Na Secção II, trata-se dos meios de guerra para proibir o uso de meios cruéis ou desumanos, como o envenenamento, de material que cause sofrimento desnecessário e supérfluo, a trapaça – como o uso de símbolo ou uniforme do inimigo – a destruição desnecessária de propriedades, a proibição de bombardeamentos de cidades e vilas indefesas, a pilhagem, etc. Regula ainda o armistício e a acção das entidades neutras em relação aos combatentes. No que se refere aos modos de guerra, a Convenção de Haia I regula especificamente as

formas de resolução dos conflitos, indicando as tradicionais no Direito Internacional, como os bons ofícios, a mediação, o inquérito e a arbitragem. A Convenção de Haia IV regula o uso da força naval, proibindo a captura de navios hospitalares e o aprisionamento de pessoal médico e de enfermagem bem como de religiosos que trabalham nesses navios. Proíbe o uso de balões para lançamento de bombas e o de minas nas costas e nos portos dos países para interceptar ou afundar barcos comerciais.

Vejam agora o Direito de Genebra, começando por dizer que com ele se inaugura uma nova fase da evolução do Direito Internacional Humanitário. Na verdade, em 1949, após a Segunda Grande Guerra e os inenarráveis e horrorosos sofrimentos causados, não foi difícil de perceber que o Direito Internacional Humanitário anterior ao Direito de Haia e este Direito tinham deixado de ser suficientes para assegurar com eficácia e actualidade a protecção da pessoa humana em situação de conflito armado; entendeu-se ainda que também se tornava necessário proteger bens civis contra os ataques militares. É esse entendimento que norteia a Conferência Diplomática de Genebra, de 12 de Agosto de 1949 de onde saem as quatro Convenções que já enunciamos e que, em síntese, regulam a protecção de pessoas – feridos, prisioneiros de guerra, enfermos, náufragos, população civil não combatente –, bem como os bens culturais e meio ambiente natural, indispensáveis à sobrevivência das populações vítimas das hostilidades e que vão constituir o conjunto normativo do Direito Internacional Humanitário que veio a ficar conhecido por Direito de Genebra.

Com o Direito de Genebra são normativamente densificados alguns princípios jurídicos fundamentais que tinham já sido afirmados no Direito Internacional Humanitário, mas que agora ganham nova dimensão normativa. Estamos a referir aos princípios da:

- a) Humanidade;
- b) Necessidade;
- c) Distinção;
- d) Proibição de Males Supérfluos;

A estes princípios clássicos acrescem outros mais modernos que são os da

- a) Neutralidade;
- b) Não discriminação;
- c) Responsabilidade.

Com o Direito de Genebra, o Direito Humanitário deixa de ser exclusivamente um conjunto normativo regulador da condução das hostilidades para passar a ser também um Direito de protecção das vítimas, em especial das populações civis não combatentes e dos bens civis, em especial os indispensáveis à vida dessas populações. Nessa medida, o Direito de Genebra é a autonomização de um conjunto normativo específico formado por normas protectoras das pes-

soas que se encontravam disseminadas por vários textos jurídico-políticos para as concentrar num conjunto articulado mais restrito de normas destinadas em primeira linha a proteger as pessoas, sejam ou não combatentes. Nessa medida, o Direito Humanitário complementa as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, exactamente porque agora, com o Direito de Genebra, o acento tónico é colocado no carácter humanitário mais do que na condução dos conflitos armados. Assim, mais do que um código de conduta dos beligerantes em matéria de utilização dos meios de guerra e dos modos de guerra, é um código de conduta dos beligerantes face à pessoa humana que o destino quis que estivesse no teatro da guerra, mas que nela não participa nem quer participar.

O *princípio de humanidade* é o princípio conformador e enformador de todo o Direito Internacional Humanitário, na exacta medida em que com ele se pretende “humanizar” a guerra. Vale isso dizer que, na base deste princípio, está a ideia comum a todo o ser humano, desde a mais remota antiguidade até a momento presente, segundo a qual a guerra, qualquer conflito armado, é em si mesma um fenómeno desumano, uma fonte de sofrimento e de destruição que deve ser sempre evitada, mas, quando tal não seja possível, todos têm o dever de contribuir para que ela termine o mais rapidamente possível. Para além disso, a humanidade foi tomando consciência de que se tornava ainda necessário impor aos combatentes restrições no uso de meios bélicos e no modo como devem ser usados os meios bélicos admitidos, como obrigação de conservação da humanidade, no sentido de admitir a protecção das vítimas da guerra, quer sejam ou não combatentes, e dos bens essenciais à pervivência da humanidade. Tudo isto com vista a evitar a violência indiscriminada e desnecessária para os fins da guerra contra pessoas e bens e a contribuir para que se torne possível o entendimento sobre as condições mínimas necessárias para a paz.

Esse princípio implica o reconhecimento de um *standard mínimo de humanidade*, que é o ponto nodal de articulação do Direito Humanitário com os Direitos Humanos, *standard* que é condição da existência da, e por isso mesmo, assegura a, conservação da humanidade e impõe a necessidade de se dispensar a todos um tratamento humano. Assim, desse princípio decorrem dois outros que são o da conservação da humanidade e o do tratamento humano a todos os que se encontram no teatro da guerra ou sob os efeitos nefastos desta, sejam ou não combatentes. De facto, o *standard mínimo de humanidade* é constituído por um núcleo irreductível e impostergável de direitos que têm obrigatoriamente de ser protegidos em quaisquer circunstâncias e que terão de ser, pelo menos, os direitos à vida, à integridade física, à dignidade e ao acesso à Justiça, direitos que implicam a proibição da pena de morte, da tortura, do tratamento degradante e/ou cruel, da imposição de sofrimentos desnecessários. Esses direitos nucleares impõem, portanto, a obrigação do respeito pelos *princípios do tratamento humano e da conservação da humanidade*, entendendo-se aquele como a proibição de prática de tortura de crueldade ou da denegação de justiça e este último como

obrigação de manter no teatro de guerra e no decurso do conflito as condições mínimas indispensáveis à prossecução da paz e do entendimento entre os beligerantes, impondo assim restrições na condução da guerra indispensáveis à sobrevivência das populações civis e à preservação dos bens civis. Em última análise, esse princípio visa estimular os combatentes a praticar acções humanitárias, como, por exemplo, a troca de prisioneiros, a evacuação das populações civis, o retorno dos refugiados, *etc.*, e a ter uma conduta que leve a que as acções bélicas não sejam conduzidas com absoluto desrespeito pela vida humana e que, por isso, facilite o relacionamento humano e conducente à paz.

O *Princípio da necessidade* tem como objectivo proteger simultaneamente as populações e os bens, dos horrores da guerra, através da consagração de um conjunto de restrições impostas às operações militares, às necessidades de obtenção da vitória político-militar. De acordo com este princípio, a violência das operações militares deve ser a estritamente necessária para a prossecução dos fins do conflito e à obtenção da vitória com respeito Direito Internacional dos Direitos Humanos e pelo Direito Humanitário. Trata-se de um princípio que começou por ser formulado pelos teólogos juristas da Escola Espanhola do Direito Internacional que o concebiam como norma restritiva da violência. De facto, Francisco Vitória defendia que, na guerra, é lícito fazer tudo o que seja necessário para a defesa do bem público e Suarez, aceitando esta formulação, acrescentava que, sendo justo que no decurso da guerra se possa infligir aos inimigos todos os danos necessários à satisfação dos fins da guerra e para conseguir a vitória, essa conduta só era lícita se não implicasse injustiças directas contra os inocentes. Como pode ver-se, essa concepção do professor de Coimbra constitui uma forte restrição das acções bélicas às necessidades militares.

Essas formulações do princípio encontraram acolhimento no *Código Lieber* – Ordem n.º 100, Instruções para a Condução dos Exércitos dos Estados Unidos – que, no seu artigo 4.º, define o princípio como a necessidade militar de certas medidas com vista a alcançar os fins da guerra e que estejam de acordo com as leis e costumes da guerra. Trata-se ainda de uma formulação ampla do princípio que foi sendo restringida com vista a limitar a liberdade do uso de meios de guerra pelos beligerantes e a impor a abstenção de rigor inútil. É nesse sentido que a Declaração de S. Petersburg de 1868 e depois a Convenção de Haia I e os anexos II à Convenção de Haia de 1899 e o Anexo IV à Convenção de Haia de 1907 recolhe o princípio consagrando que o único propósito que os Estados devem propor-se durante a guerra é o debilitamento das forças inimigas e toda a acção que exceda esse fim é inumana. O princípio impunha assim que os objectivos militares devessem ser limitados e não pudessem implicar o aniquilamento total do inimigo através do uso de meios de guerra, impondo a obrigação de distinguir as pessoas e bens que se devem atacar das que não se devem atacar.

A necessidade aparece assim como uma excepção ao princípio da humanidade, mas limitada nos termos atrás referidos, ou seja, às restrições acima re-

feridas, tendo como limite a cláusula De Martens, segundo a qual, relembre-se, a guerra está sempre submetida aos princípios do Direito das gentes derivados dos usos estabelecidos e aos princípios da humanidade, aos ditados pela consciência pública. Assim, respeitados esses limites, o princípio da necessidade exige os responsáveis pela condução da guerra de responsabilidade pelos danos necessários aos objectivos prosseguidos e à vitória.

Os três princípios gerais relativos ao desenvolvimento das operações militares – o da *distinção*, o da *proibição dos males supérfluos* e o da *necessidade* – implicam que se tenha de recortar o conceito de objectivos militares por forma a que se possa saber que bens podem ser licitamente atacados e destruídos no decurso de um conflito armado. Para tanto temos de partir do artigo 52.º do Protocolo I de 1977, onde tais objectivos estão definidos quer sob o ponto de vista pessoal quer sob o material. De qualquer forma, importa dizer que a definição de objectivo militar tem suscitado enormes problemas em especial nos conflitos contemporâneos.

No que se refere à guerra terrestre, o artigo 49.º, n.º 3, do Protocolo I restringe a protecção dada às pessoas e aos bens civis contra os ataques terrestres, aéreos e marítimos aos que se encontram no espaço territorial terrestre, não se aplicando esta disposição às pessoas e bens que se encontram no mar ou no ar. Mas o que a demarcação do conceito de objectivo militar tem em vista é a salvaguarda da dignidade da pessoa humana e a protecção dos bens civis.

Posto isto, podemos dizer que por objectivo militar se entende todo aquele contra o qual é lícito dirigir as operações militares, quer sejam pessoas ou coisas. É claro que aqui, e de acordo com o citado Protocolo I, estão incluídas as pessoas e bens que constituem elementos militares que licitamente podem ser atacados. Desta foram, e por aplicação do princípio da distinção, estes objectivos distinguem-se daquelas pessoas e bens que têm de ser protegidos durante o desenvolvimento do conflito. Assim objectivo militar são os combatentes, enquanto participante activos no conflito – artigo 50.º, n.º 1, do Protocolo – e como os bens indicados no artigo 52.º, n.º 2, do Protocolo. Acontece, contudo, que pode haver mutações na posição ocupada por pessoas ou bens, como por exemplo quando uma fábrica de produtos destinados à população civil passa a produzir material de guerra ou quando um combatente abandona inequivocamente as hostilidades ou quando civis passam a assumir o estatuto de combatentes.

Esta delimitação conceitual surge pela primeira vez no projecto sobre as Regras de Haia sobre a Guerra Aérea de 1923 e, mais tarde, como projecto elaborado, em 1956, pelo Comité Internacional da Cruz Vermelha para limitar o perigo para as populações em tempo de guerra e ainda com a Resolução da Instituto do Direito Internacional, de 1969, sobre a distinção entre objectivos militares e não militares em geral e especialmente os problemas que se colocam com a existência de armas de destruição maciça. Posto isto, podemos ver que o método de definição de objectivo militar tem na sua base a generalidade e a abstracção.

A opção tem sido portanto de um conceito de carácter geral e o protocolo partiu da definição dada na Resolução do Instituto do Direito Internacional em 1969, que articulou a definição abstracta com a indicação meramente exemplificativa de alguns objectivos feita numa lista de objectivos. De acordo com esse método, o protocolo definiu objectivo militar como “aqueles bens que, pela sua natureza, finalidade ou utilização, contribuem eficazmente para a acção militar ou cuja destruição total ou parcial, captura ou neutralização oferece de acordo com as circunstâncias do caso uma vantagem militar clara e definida”. Assim um bem só pode ser objecto de ataque militar lícito se responder aos requisitos aqui indicados e que são: contribuição efectiva para a acção militar e vantagem militar definida.

A contribuição efectiva para a acção militar traduz-se, resumidamente, no importante e decisivo papel que o bem tem no desenvolvimento das operações militares, o que coloca o bem numa relação directa e imediata com as operações militares, entendidas como um conjunto complexo e diferenciado de acções militares defensivas e ofensivas levadas a cabo pelas forças em combate com vista a debilitarem-se reciprocamente e a alcançarem os objectivos militares e a vitória; vantagem militar definida traduz-se na situação de benefício ou de proveito que para si obtém o atacante com a destruição, captura ou neutralização, total ou parcial de um bem que tem valor relevante para a actividade militar da força atacada. A vantagem implica, portanto, um benefício que tem forte incidência no desenvolvimento das actividades militares.

É claro que os autores reconhecem que este conceito não elimina a dificuldade em demarcar com precisão as fronteiras entre objectivos civis e militares exactamente porque deixa nas mãos dos combatentes o poder discricionário de classificar os objectivos. Com vista a limitar tal poder, o artigo 50, n. 1 determina que em caso de dúvida sobre a natureza do bem ou o estatuto da pessoa deve tal dúvida ser resolvida através da atribuição da qualidade de civil ao bem e ao estatuto. Isto é deve presumir que o bem tem natureza civil e que a pessoa não é combatente.

2. Combatentes e não combatentes

A determinação do estatuto das pessoas que participam num conflito armado ou são por ele afectadas é essencial para se fazer a distinção entre combatentes e não combatentes e, por outro lado, para se determinar o seu estatuto internacional no quadro desse conflito. Dito de outro modo, é essencial saber qual o estatuto primário das pessoas que participam num conflito armado e/ou que por ele são afectados para, a partir desse estatuto primário, saber qual o seu estatuto secundário. Queremos com isso dizer que este último estatuto está incindivelmente ligado ao e dependente do primeiro, na exacta medida em que

é a partir da determinação do estatuto primário que se conhece a protecção que o Direito Internacional dispensa às pessoas. Assim, só depois de sabermos se alguém tem o estatuto de combatente é que poderemos determinar se o direito internacional lhe reconhece o estatuto de prisioneiro de guerra, posto que só os combatentes podem ser juridicamente considerados prisioneiros de guerra.

Posto isto, podemos dizer que o Direito Internacional dos Conflitos Armados (Humanitário) determina quem são as pessoas que podem ter o estatuto de combatentes e quem são as pessoas a quem se deve reconhecer o estatuto de civis. Entre essas duas categorias situam-se os médicos e o pessoal religioso, e pode haver casos em que pessoas ligadas às forças armadas não são consideradas juridicamente combatentes, mas sim acompanhantes das forças armadas. Por outro lado, pode haver casos em que pessoas que não pertencem às forças armadas podem ser reconsideradas combatente, quer por acto do Estado de que são nacionais ou que servem – casos das forças policiais – quer por acto de vontade próprio, como acontece com as populações civis a que se organizam em resistência armada e, nessa qualidade, participam no conflito. Assim, é a partir do estatuto primário atribuído às pessoas – o de combatente ou o de não combatente ou civil – que se determina o estatuto secundário de cada uma dessas categorias de pessoas. Importa assim ver quem é, nos termos das leis internacionais, combatente e quem é civil.

O conceito de combatente é-nos dado pelo artigo 43.º do Protocolo I quando aí se define Forças Armadas, como órgão das Partes em conflito, organizado em grupos e unidades, nelas se incluindo as milícias e os corpos de voluntários nelas integrados. De acordo com esta disposição convencional, as forças armadas de uma Parte num conflito são formadas por combatentes e não combatentes. Por combatentes entende-se toda a pessoa que toma parte directa ou indirectamente no conflito armado – cf., ainda, o artigo 3.º da Convenção de Haia.

A partir desse conceito, surge o de combatente como a pessoa que participa nas hostilidades integradas nas forças armadas de uma das partes sujeitas a disciplina interna que as obriga a respeitar o Direito internacional e sob um comando responsável. Os combatentes assim definidos têm o direito de participar nas hostilidades. Integram este estatuto de combatente as mulheres e as crianças que participam nas hostilidades. É claro que o Direito Internacional determina que os Estados devem adoptar todas as medidas para evitar que as crianças sejam incorporadas nas forças armadas – artigo 38.º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Os combatentes têm o dever de se distinguirem dos civis, o que deverão fazer através do uso de uniforme – artigo 44.º, n.º 7, do Protocolo I – ou de sinais distintivos do seu estatuto.

De acordo com esta definição convencional, podemos ver que os mercenários não podem ter o estatuto (primário) de combatentes e, em consequência, não podem beneficiar do estatuto de prisioneiros de guerra. Os mercenários são

considerados combatentes ilegais ou irregulares. Por Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, de 1967, foi proibido o recrutamento de mercenários, resolução que foi mais tarde, em 1977, reafirmada. O Conselho de Segurança consagrou seis critérios para definir mercenários que são os seguintes: é mercenário a pessoa que:

(i) tenha sido recrutado – localmente ou no estrangeiro – para combater num conflito armado; (ii) participa actual e directamente nesse conflito; (iii) seja motivado pelo desejo de ganho privado ou pessoal, através de pagamento de quantia que excede substancialmente a paga aos combatentes normais; (iv) não tenha qualquer ligação à parte no conflito quer pela via da nacionalidade quer pela da residência em território controlado pela parte no conflito; (v) não seja membro das forças armadas da parte; (vi) nem tenha função oficial nas forças armadas de Estado que não participe no conflito. Estes critérios foram acolhidos pela Convenção Africana sobre os Mercenários, de 1985 e de 1989. Assim, não é suficiente para a atribuição da categoria de mercenário um simples contrato para participar num conflito armado, por se exigir o preenchimento de todos os requisitos acima indicados para atribuição do estatuto de mercenário a pessoa que combate nessas condições em conflito armado.

3. Prisioneiros de guerra

É doutrina dominante que as regras do Direito Internacional Humanitário sobre os prisioneiros de guerra têm na sua base a ideia segundo a qual combatentes capturados não constituem (ou deixam de constituir) ameaça quer para a vida dos soldados da força capturante, quer para estas mesmas forças, e contém necessariamente uma tripla dimensão, a saber: ética, política e militar.

Por outro lado, importa não esquecer que, para a força militar, o prisioneiro é não só uma importante fonte de informação, como também um factor psicológico de influência dos seus camaradas em luta. Contudo, o prisioneiro de guerra constitui um sério entrave para as operações militares da força captora. Estes factores, e ainda o decorrente da forma como o prisioneiro se comportou – respeitando ou violando as leis e os costumes da guerra – no decurso da guerra, quer para com os combatentes da força que o capturou, quer para as populações civis sob protecção dessas forças, sempre pesaram no tratamento dos prisioneiros de guerra.

De qualquer forma, o problema do tratamento dos prisioneiros de guerra, na opinião de Horst Fischer coloca-nos as seguintes questões: 1) Quem é prisioneiro de guerra? 2) Como devem ser tratados os prisioneiros de guerra, e por quanto tempo? 3) Quem supervisiona e fiscaliza esse tratamento? Estas são as questões que de seguida trataremos. Antes, porém, convém fazer uma breve incursão na história do tratamento dos prisioneiros de guerra.

Até ao século XVIII, podemos dizer que os prisioneiros de guerra eram por regra mortos ou transformados em escravos. Nenhuma distinção se fazia então entre combatentes e não combatentes, não havendo qualquer ideia de normas protectoras dos prisioneiros de guerra. A partir do século XVIII ou, mais concretamente, a partir do Contrato Social de Rousseau onde ele faz pela primeira vez esta distinção entre combatentes e não combatentes, quando aí defende que “a guerra não é de forma alguma uma relação de homem a homem, mas sim uma relação de Estado a Estado no qual os particulares só acidentalmente são inimigos, não como homens, nem sequer como cidadãos, mas sim como soldados”, fica consagrada a ideia segundo a qual no decurso da guerra devem ser poupados todos aqueles que não integram os exércitos, mas também os soldados que tenham deitado as armas, e o respeito pela vida dos não combatentes.

Ora, é a partir dessa teoria rousseauiana que se toma a consciência da necessidade de se proteger os prisioneiros de guerra e que surgem os primeiros instrumentos nacionais e internacionais de protecção de prisioneiros de guerra, sendo o primeiro o Tratado de Amizade entre a Prússia e os USA, datado de 1785, que continha a obrigação de as Partes contratantes dispensarem protecção aos prisioneiros de guerra. De seguida, como já sabemos, uma norma de Direito interno norte-americano, o *Código de Lieber*, de 1863, já continha, para disciplina das forças norte-americanas em combate na guerra da secessão, uma disposição, a do artigo 56.º, que protegia os prisioneiros de guerra. A partir desses dois instrumentos internacionais, a Cruz Vermelha Internacional, entretanto criada em 1863, apresenta na Conferencia de Paris de 1867 um relatório sobre esta questão e Henri Durant, em 1872, propõe a uniformização das regras relativas ao tratamento dos prisioneiros de guerra. Só depois deste conjunto de iniciativas é que, na Conferencia de Bruxelas de 1874, se produzem doze artigos sobre o tratamento dos prisioneiros de guerra no decurso de conflitos armados, que não entram em vigor, mas que passam a ser referência internacional no tratamento desta matéria. É de facto com base nesses doze artigos que, em Haia, se consagram normas protectoras dos prisioneiros de guerra nos Tratado multilaterais de Haia de 1899 e 1907.

Na Convenção de Haia relativa às Leis e aos Costumes da Guerra, de 1899, havia um anexo que tratava a questão dos prisioneiros de guerra, onde estavam identificadas as pessoas ou grupos de pessoas que deviam ser consideradas prisioneiros de guerra e se consagrava o princípio do tratamento humanitário. Também o seu artigo 20.º impunha o repatriamento dos prisioneiros logo que a guerra terminasse. Estas medidas foram adoptadas pela Convenção de Haia de 1907, mas após a primeira guerra concluiu-se que eram insuficientes, o que levou a Alemanha a celebrar uma Convenção com o Reino Unido, em 1917, e outra com a França, em 1918.

Em 1921, a Cruz Vermelha Internacional organizou uma Conferência

de que veio a resultar a Convenção de Genebra sobre o Tratamento dos Prisioneiros de Guerra, negociada com 47 Estados e assinada por 46. Embora tivesse na sua base as regras de Haia, a Convenção marca uma nova era da protecção dos prisioneiros de guerra. De acordo com esta Convenção, os prisioneiros deveriam ser tratados com humanidade e protegidos quer da curiosidade pública, quer contra actos de violência e de insultos. Também nela se proibia o exercício de represálias contra os prisioneiros de guerra e se reconhecia a estes o direito de só darem certas informações quando interrogados.

Iniciada a Segunda Guerra, as potências aliadas, com excepção da União Soviética, tinham todas ratificado a Convenção de Genebra de 1929, pelo que o tratamento dos prisioneiros de guerra no decurso dessa guerra era regulado por essa Convenção. Contudo, como a União Soviética não a tinha ratificado, as suas relações com a Alemanha eram reguladas pela Convenção de Haia de 1907 e pelas Leis e costumes da Guerra nessa matéria. Apesar da existência dessas regras jurídico-internacionais, muitas foram as violações do Direito de Haia e de Genebra por todas as partes envolvidas no conflito.

Após a Segunda Guerra, entre 1946 e 1948, a Cruz Vermelha Internacional e os representantes dos Estados-partes na Convenção de 1929 discutiram um grande número de projectos relativos ao tratamento dos prisioneiros e, na Conferência Diplomática de 12 de Agosto de 1949, foram assinadas em Genebra quatro Convenções, sendo que a terceira é relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra. Nesta Convenção a protecção destes prisioneiros foi amplamente reforçada, podendo dizer-se que é uma das maiores codificações do Direito Internacional Humanitário. Como diz Horst Fischer, baseada na experiência da Convenção de 1929, regras importantes da protecção dos prisioneiros foram clarificadas, ampliadas ou completamente revistas, sendo que o Protocolo Adicional de 12 de Dezembro de 1977 também clarificou outras regras, nomeadamente as relativas ao tratamento dos guerrilheiros.

Entende a doutrina que as principais regras do Direito de Genebra de 1949 são também válidas como regras costumeiras e outras vão sendo aceites como normas *ius cogens*. Hoje já se vai colocando a questão de saber se a violação de algumas dessas regras, deve ser considerado como grave violação da Convenção, e deve constituir crime de guerra internacionalmente punido.

Posto isto podemos agora dizer que o Direito de Genebra assenta nos seguintes princípios gerais:

- 1) O objectivo último da feitura de prisioneiros de guerra é o de evitar que estes continuem a participar nas operações militares. Por isso, os prisioneiros de guerra devem ser considerados como pessoas cativas por razões de segurança. Deste pressuposto decorre que o prisioneiro de guerra não possa ser considerado como um criminoso, visto que a participação numa guerra não é um acto criminalmente ilícito. Assim, não devem ser encarcerados em prisão, salvo casos excepcionais.

- 2) Os prisioneiros de guerra não são prisioneiros das unidades militares que os capturam, mas sim do Estado a que pertencem essas unidades. Este Estado é internacionalmente responsável pelo tratamento que deve ser dispensado aos seus prisioneiros de guerra – artigo 12.º da CGIII;
- 3) O Estado que faz a detenção dos prisioneiros pode transferi-los para outro Estado, desde que este tenha as condições indispensáveis para assegurar, de acordo com as Convenções internacionais, as leis e os costumes da guerra, o tratamento e a protecção dos prisioneiros – artigo 12 § 2 da CGIII.
- 4) Devem ser dispensados aos prisioneiros tratamento humano, sem discriminação de raça, cor, religião ou ideologia política e não podem ser sujeitos a represálias. Os representantes de entidades protectoras dos prisioneiros e delegados da Cruz Vermelha podem visitá-los nos campos de internamento e com eles falar em privado.

