

TEORIA E HISTÓRIA DO DIREITO

Revista

THD | Centro de Investigação da Universidade de Lisboa

Publicação Semestral
N.º 2
1/2017

Teoria e História do Direito

Revista do THD, Centro de Investigação da Universidade de Lisboa

Publicação Semestral

N.º 2

1/2017

Coordenação do número

Filipe Arede Nunes

Ana Isabel Fouto

Conselho de redacção

António Pedro Barbas Homem

Eduardo Vera-Cruz Pinto

Pedro Caridade de Freitas

Isabel Graes

Susana Antas Videira Branco

Conselho de acompanhamento do THD

Georges Martyn

Michael Stolleis

Ken Pennington

João Maurício Adeodato

e-ISSN 2183-7864

Periodicidade Semestral

Revisão de artigos submetidos para publicação

Arbitragem duplamente cega por pares académicos

Editora

Teoria e História do Direito, Centro de Investigação da ULisboa
(THD-ULisboa)

Direcção, Assinaturas e Distribuição

Teoria e História do Direito, Centro de Investigação da ULisboa

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade, Cidade Universitária

1649-014 Lisboa, Portugal

Secretariado Editorial

Cláudia Elias Duarte

thd@fd.ulisboa.pt

Design e paginação

mash



Conferência

Alguns pontos sobre interpretação (vistos a partir dos estudos literários)

Helena Carvalhão Buescu

Centro de Estudos Comparatistas da Universidade de Lisboa

Talvez possamos partir de um princípio desafiador, aliás colocado pelo organizador deste encontro, Prof. Doutor Barbas Homem. Teorias da interpretação: ainda existem como tal? Esta pergunta significa, na verdade, uma interrogação sobre se pode haver ainda uma crença numa teoria geral e sistemática da interpretação, que implicaria que uma adesão aos seus princípios e critérios permitiria sempre chegar a determinadas conclusões. Poderíamos chamar-lhes teoria integradoras, na medida em que nada parecia restar fora delas, e apresentavam assim uma visão da hermenêutica com algum grau de estabilidade (e, em certos casos, mesmo de previsibilidade).

Essas teorias desenhavam pois um quadro sistemático pré-existente, dentro do qual a prática hermenêutica ganharia sentido e seria possível.

Se encararmos a questão desse ponto de vista, talvez possamos reconhecer que as últimas teorias sistemáticas da interpretação terão sido as seguintes (embora com graus de variabilidade entre elas, naturalmente):

- a) a teoria que derivou do pensamento relativo à estética e à teoria da recepção, representados por Hans-Robert Jauss e Wolfgang Iser, respectivamente, que colocou nesta instância da recepção todo o ónus de leitura (comunitária e/ou individual) e, por isso, todo o ónus de interpretação;
- b) a teoria que derivou do pensamento filosófico da fenomenologia, muito em especial de pensadores como Hans Georg Gadamer e Paul Ricoeur, que concebeu a interpretação como um acto de conhecimento do objecto, apenas possível porque efectuado pelo sujeito; a perspectiva fundamental seria aqui: o conhecimento é sempre conhecimento DE alguma coisa; e o que caracterizaria esta teoria seria a efectiva impossibilidade de, no acto de conhecimento (que é o acto de interpretação), exercer algum tipo de pensamento dissociativo entre sujeito e objecto;
- c) a que derivou do pensamento cujo pensador de base foi Jacques Derrida, e da sua fundamentação na ideia de desconstrução, que justamente concebeu a interpretação como um horizonte fugidio e afinal sempre inatingível, em virtude do carácter indecível do texto: a interpretação seria tanto mais próxima da verdade quanto mais permitisse manifestar a forma como qualquer construção textual implica sempre, na sua génese, a sua mesma desconstrução.

Esta foi a situação que hoje (2016) herdámos, e que sobretudo subsiste, já não de forma integrada e sistemática, em lugares selectos da Universidade — mas que de modo algum podem neste momento continuar a ser descritas como “escolas” hermenêuticas (pelo menos no seu sentido sistemático). De uma certo ponto de vista, e em minha opinião, atravessamos neste momento um período de falência das chamadas *metanarrativas*, que são afinal também, de um certo ponto de vista, meganarrativas. Como poderíamos então hoje detectar, como linhas orientadoras do pensamento sobre a interpretação?

Como disse, julgo que certamente não um quadro sistemático, muito menos sistémico.

Creio que, proveniente de vários sectores do pensamento crítico, encontramos uma certa forma de recen-
tramento no texto, não no sentido de lhe atribuir um sentido único e definitivo, mas de forma a reconhecer nele
uma matriz de um conjunto de sentidos que é sempre actualizada a cada leitura. Ou seja, havendo várias leituras
(e interpretações) possíveis, não é possível afirmar que qualquer leitura (e interpretação) o é. Esta aceitação
do princípio de uma abertura não-infinita às possibilidades da interpretação tem implicações interessantes.

Poderíamos por exemplo insistir na ideia de *negociação* entre o fenómeno da leitura e a ontologia do texto
como a figura principal para conceber a interpretação: nada está fechado, mas não deixa de haver linhas orien-
tadoras das diferentes negociações possíveis.

Deste ponto de vista, poderíamos dizer que a interpretação continua a estar no centro da forma como o
sentido textual é concebido: *uma actividade, um fazer inscrito sempre na circunstância histórica em que é
realizado*.

Esta é, em minha opinião, uma tendência muito clara: uma real tentativa de historicização do fenómeno
hermenêutico, no horizonte da negociação atrás mencionada. Não há interpretação sem história — o que é mui-
to diferente de fazer a “história da interpretação”.

Trata-se no fundo de uma orientação semelhante ao binómio “historicidade da literatura” vs. “história da
literatura”. Se a segunda, enquanto discurso totalizador e sistemático, parece hoje estar bem longe das preo-
cupações dominantes (e até dos interesses mais imediatamente considerados relevantes), a primeira ganhou
certamente vigor e robustez.

Assim, mais do que apenas uma teoria, ou uma reflexão de natureza apenas teórica, a interpretação textual
é hoje sobretudo concebida como uma prática crítica, sempre inscrita na circunstância histórica do sujeito do
conhecimento, bem como na circunstância histórica do objecto conhecido.

Um bom exemplo a este respeito seria a questão da circulação textual: perceber as flutuações hermenêuticas
que atingem objectos textuais como por exemplo a obra de Lucrécio, *De Rerum Natura*, ou o 2.º Livro da *Poética*
de Aristóteles, sobre a comédia.

Trata-se aqui de um aspecto central no pensamento sobre a circulação literária, que complexifica a inter-
pretação de textos que tiveram uma leitura contínua, ou pelo menos regular: a questão da perda, provisória
(como no caso da obra de Lucrécio, que na realidade esteve desaparecida até inícios do Século XV) ou definitiva
(o segundo livro, sobre a comédia, da *Poética* de Aristóteles), de textos patrimoniais da literatura.

Esta perda, parcial ou total, provisória ou definitiva, tem efeitos decisivos para o que aqui importa, e que
podemos enunciar da seguinte forma: *a circulação (que determina a interpretação) literária é feita não
apenas daquilo que manifestamente circula mas, também, daquilo que circula deficientemente ou, mes-
mo, é impedido (por diversos motivos) de circular*. Acresce que, relativamente a estes últimos casos, e como
é evidente, a nossa memória cultural é também ela muito fragmentária: podemos saber que houve livros que
se perderam e ressurgiram, parcial ou totalmente, em determinado momento (Lucrécio); podemos ter uma
memória enunciativa do que se sabe ter existido mas aparentemente desapareceu (o livro sobre a comédia
de Aristóteles, referido pelo próprio autor na sua *Retórica*, e de que se sabe seguramente ter existido uma
tradução siríaca do Século IX). Mas na verdade existe uma massa indeterminada e muito, muito significativa
de obras cuja existência e, por isso, potencial circulação nos é totalmente desconhecida, ou nos é conhecida
sem que a possamos decifrar (caso da literatura do Egipto Antigo, cujos hieróglifos foram impermeáveis à
decifração até ao início do Século XIX).

Isto permite-nos enunciar um segundo ponto decisivo: *a circulação literária faz-se também do que apenas
indicialmente podemos reconstruir, como as obras mencionadas, e até mesmo de outras que tão-só pode-
mos pressupor*. Ter este aspecto em consideração deve fazer-nos ter uma visão complexa do que a circulação
literária pode ser. Na verdade, se não nos é possível saber que tipo de circulação tiveram obras cuja existên-
cia totalmente desconhecemos (desconhecimento ou ignorância que naturalmente temos de pressupor, e tem
efeitos sobre a visão hermenêutica que praticamos), já sobre outras, como as atrás mencionadas, de Aristóteles
e Lucrécio, podemos ter informações interessantes, mesmo se esboçadas e descontínuas, que nos permitem
reconstruir pelo menos alguns episódios da sua circulação, e por isso a história da sua interpretação.

É esse o caso, por exemplo, da obra de Stephen Greenblatt sobre Lucrécio, intitulada *The Swerve*¹, que traça o complexo caminho da obra lucreciana *De Rerum Natura* desde a sua redacção no século I a.C. e o seu posterior desaparecimento, vários séculos depois, até à sua redescoberta num mosteiro da Europa Central pelo humanista Poggio Bracciolini, no início do Século XV.

Este exemplo é particularmente fecundo, já que Greenblatt data a história do materialismo moderno, a partir do Renascimento, da leitura, tradução e circulação que a obra de Lucrécio pôde ter, uma vez localizada. História e interpretação são, pois, aqui indissociáveis. E o facto de ter sido descoberta no auge do Renascimento talvez tenha sido parte do que fez com que, pela interpretação, esta obra se tenha tornado um agente decisivo da forma pela qual “o mundo se tornou moderno” (Greenblatt).

É claro que este é um caso-limite: a descoberta, circulação, leitura e interpretação desta obra correspondem, na proposta de Greenblatt, à construção definitiva do “mundo moderno”, em que as teorias materialistas defendidas por Lucrécio desaguarão em inúmeras tendências que o mundo medieval, de conformação sobretudo espiritual, desconhecia (ou desvalorizava). Mas precisamente este caso-limite chama a atenção para a forma decisiva como a interpretação se relaciona com movimentos de circulação, como os efeitos de uma obra dependem das formas como é interpretada (ou não) em diversos momentos históricos, como não podemos, sob pena de cair nas visões radicais do essencialismo ou do relativismo, defender nem uma ontologia única do texto literário, nem uma abertura descontextualizada e a-histórica dos seus sentidos.

A meu ver, é esta historicização do acto hermenêutico que, na verdade, podemos considerar como a dimensão virtualmente mais entusiasmante do pensamento actual sobre a interpretação. Trata-se de uma outra forma de fazer história, e de uma outra forma de fazer interpretação: pensá-las de forma integradamente associadas, compreendendo que não existe uma história neutra e des-interpretada; e que, de forma paralela, não pode existir uma interpretação que não incorpore, de forma constitutiva, um pensamento e uma consciência da história. A nossa leitura e a nossa interpretação dos textos depende, pois, não apenas dos textos e da nossa posição individual dentro das comunidades a que pertencemos, mas também das circunstâncias que, a montante e a jusante, constituem tanto o sujeito que interpreta como o objecto que é interpretado.

¹ Stephen Greenblatt, *The Swerve. How the World became Modern*, New York/London, Norton and Co., 2011.

Estudos

O Papel dos Tribunais no Estado democrático de direito sob as perspectivas de Ronald Dworkin e de Jürgen Habermas

The Role of the Courts in the Democratic Rule of Law from the Perspectives of Ronald Dworkin and Jürgen Habermas

André Livinalli Wedy

Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Mestrando em Ciências Jurídico-Econômicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Email: andre.wedy@hotmail.com

Resumo: O presente estudo dedica-se ao exame das funções políticas exercidas pelo Judiciário no Estado Democrático de Direito contemporâneo, nomeadamente em razão de que o ativismo judicial, por fazer uso da linguagem do direito, pode esconder certo subjetivismo do intérprete, refletindo uma crise de legitimidade na aplicação daquilo que seria o justo. Para tanto, lança-se mão de apurada análise acerca da argumentação que permeia o debate entre as perspectivas teóricas de Dworkin e de Habermas, que possuem diferentes concepções acerca do tema, mas que pretendem reconstruir, de modo legítimo, as formas de atuação do Judiciário dentro da estrutura do atual Estado.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito, Democracia, Poder Judiciário, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas

Abstract: This study exams the political functions exercised by the Judiciary in the contemporary Democratic Rule of Law, in particular because judicial activism, by using the language of law, may conceal certain subjectivism from the interpreter, reflecting on a crisis of legitimacy in the application of what would be fair. In order to do so, this paper analyzes the argumentation that permeates the debate between the theoretical perspectives of Dworkin and Habermas, who have different conceptions about the subject, but intend to reconstruct, legitimately, the Judiciary forms of action in the structure of the current State.

Keywords: Democratic Rule of Law, Democracy, Judiciary, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas

1. Introdução

Em meados do século XVIII, nomeadamente em reação aos abusos perpetuados pelo Estado absolutista em França, Montesquieu teceu importantes considerações a respeito daqueles que posteriormente se tornariam os alicerces do modelo estatal que inaugurou o regime do Constitucionalismo moderno. Com efeito, mesmo que de forma secundária, já que o objeto do estudo publicado em “O Espírito das Leis” consistia na análise da multiplicidade de fatores que levariam à mutabilidade ou à imutabilidade das normas, o autor acabou por narrar alguns dos mecanismos que possibilitariam a limitação do poder do soberano.

Na realidade, já quando da publicação de “Cartas Persas”, em 1721, Montesquieu demonstrara, através das personagens Rica e Usbeck, a sua profunda indignação com os abusos cometidos pela monarquia absolutista francesa. Diante disso, buscando inspiração essencialmente em John Locke e nos arranjos estruturais das instituições políticas inglesas, o autor deu ênfase à separação de poderes como meio de garantir a proteção da esfera individual dos cidadãos.

Nesse contexto, ao realçar algumas das principais características da descentralização do poder e de sua legitimação, Montesquieu lançou seus olhares sobre a atividade jurisdicional, relacionando o Judiciário a um poder nulo, restrito a pronunciar as palavras da lei. Dentro dos ditames da separação de poderes que propunha o autor, portanto, os juízes seriam seres inanimados, impossibilitados de moderar a força ou o rigor do direito posto² — porém alheios à vontade do soberano.

E essa concepção acabou por influenciar de forma direta uma linha de pensamento liberal que, ainda no final do século XVIII, instaurou o chamado Estado de Direito. Com isso, nas primeiras constituições em sentido moderno (escritas e rígidas), viu-se mesmo o Poder Judiciário como uma instância de caráter autômato, ou seja, como um mero mecanismo que aplicaria automaticamente, sem expor a sua própria vontade ou ideologia, as normas oriundas das instâncias legislativas.

Essa visão, retratada na Constituição norte-americana de 1787 e na Constituição francesa de 1791,

entretanto, logo se mostrou insuficiente para solucionar todas as demandas levadas a julgamento, uma vez que o direito codificado não atingiu sua pretensão de trazer uma resposta a todo e qualquer conflito social. E isso só se agravou com o passar do tempo, de modo que a estrutura jurídico-normativa do Estado ainda tem se mostrado insuficiente para acompanhar de maneira eficaz o desenvolvimento complexo e dinâmico das relações sociais pós-modernas. Por essa razão, a teoria constitucional e a própria hermenêutica jurídica têm evoluído de forma acentuada ao longo dos séculos, de tal modo que, ao transpor os paradigmas liberal, social e democrático, pretendem ainda chegar a uma compreensão acerca do Judiciário e de suas funções políticas no Estado Democrático de Direito.

Isso porque, face ao pluralismo social, a atividade judiciária, sob o pretexto de estabelecer uma relação de compromisso com a soberania popular, tem ampliado significativamente a sua atuação dentro da esfera política. Prova disso, aliás, é que o Judiciário, hoje, apresenta-se como uma instância de importantes debates de interesse público (e com enorme repercussão popular), dando respaldo a grupos que antes não viam suas reivindicações devidamente apreciadas pelas instâncias de representação política nas democracias contemporâneas³.

E é precisamente aqui que reside a importância do presente estudo, posto que, mesmo ao solucionar conflitos políticos, o Judiciário atua fazendo uso da linguagem do direito, isto é, por meio da interpretação dos dispositivos legais, fator que pode esconder certo subjetivismo e voluntarismo do intérprete, refletindo uma crise de legitimidade na produção normativa e na aplicação daquilo que seria o justo⁴. E esse “decisionismo” no processo interpretativo é ainda mais latente quando da tentativa de solucionar conflitos a partir de normas com alto grau de abstração, tais como as normas constitucionais, que reconhecem direitos e fixam princípios fundamentais da sociedade e do Estado, colocando-se como ponte entre a moralidade política e o direito.

² Montesquieu, *O Espírito das Leis*, São Paulo, Nova Cultura, 2000, pp. 205-208.

³ Garapon, Antonie, *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*, Rio de Janeiro, Revan, 1999, p. 23.

⁴ Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*, tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 150.

Nesse cenário, determinar o conteúdo das normas demanda mais do que a adoção de métodos interpretativos voltados à extração de um sentido eventualmente presente no texto, mas impõe aos aplicadores a obrigação de construir um processo passível de ser racionalmente reconhecido pela comunidade jurídica⁵. Diante disso, ainda que tais demandas encontrem justificativa na necessidade de concretizar as regras e os princípios positivados no texto constitucional, elas frequentemente implicam a anulação de decisões políticas tomadas por representantes eleitos pelo próprio povo, o que pode levar à percepção de que o excesso de direito e de justiça pode pesar sobre a democracia, induzindo à ideia de que os juízes se arrogam no papel de guardiões da moral pública e passam a representar a consciência moral da vida social, política e econômica⁶.

Como bem destaca Garapon, veja-se, se nos países da *Common Law* a influência política do juiz talvez seja muito menos visível, por ser mais antiga, entre os países da família romano-germânica o “governo de juízes” ou o “ativismo judicial” designam graves riscos à estabilidade democrática. Por essa razão, para o autor, não caberia ao Judiciário substituir a prática política, já que as demandas sociais, com base no discurso do direito, permanecem em constante tensão com o princípio democrático, o que só se agravaria com o fato de que um corpo não eleito (e, portanto, politicamente irresponsável) é então considerado legítimo para dizer aos representantes do povo que eles não podem governar como pretendem⁷.

Não se pode deixar de vislumbrar, contudo, que os procedimentos de concretização da Constituição também criam um novo espaço de manifestação da esfera pública capaz de atuar positivamente sobre o poder político. Trata-se, pois, da chamada judicialização da política, que, se bem empregada (e se afastada a carga negativa que a expressão etimologicamente poderia carregar), permite a efetiva participação popular e a concretização de direitos pela via judicial.

De qualquer maneira, o que se denota é que o processo de concretização das normas constitucionais pelos tribunais há de ser enfatizado sob a perspectiva do ideal democrático, visto que este não mais envolve apenas o voto ou o exercício de direitos políticos, mas uma nova forma de interpretação do Estado e de suas funções, responsável esta por redesenhar o próprio conceito de democracia. Dentro desse contexto, portanto, é que, mediante a utilização dos métodos de abordagem dedutivo, sistêmico e histórico, será aqui ressaltado o debate entre as perspectivas teóricas de Ronald Dworkin e de Jürgen Habermas — ambas com diferentes concepções de democracia e, por conseguinte, diferentes perspectivas acerca do papel dos tribunais nas democracias contemporâneas —, o que se dará com o nítido intuito de reconstruir, de forma legítima, as formas de atuação do Judiciário dentro da estrutura do atual Estado Democrático de Direito.

2. A Democracia e o papel dos tribunais constitucionais sob a ótica de Ronald Dworkin

O trabalho do jurista norte-americano Ronald Dworkin, conhecido sobretudo por conta das significativas contribuições à filosofia do direito e à filosofia política, passa por uma evolução teórica que merece destaque. Inicialmente, veja-se, por conta do debate entabulado com Herbert Hart, Dworkin lança mão de vasta argumentação acerca da distinção entre princípios e regras para justificar a vinculação do direito à moral.

Em linhas gerais, Hart — a quem Dworkin atribui a mais influente e avançada versão contemporânea do positivismo jurídico — traz à escola positivista um projeto filosófico de caráter pragmático, desvinculado da ideia de moralidade e do pensamento metafísico. Com isso, Hart passa a enxergar o direito como um sistema de normas (primárias e secundárias) emanadas de um corpo legislativo soberano e juridicamente ilimitado, normas essas que decorreriam de uma observação empírica da realidade social, não havendo aqui, pois, qualquer ideal de justiça, ao passo que o

⁵ Vieira, Oscar V., *A Moralidade da Constituição e os Limites da Empreitada Interpretativa*, ou entre Beethoven e Bernstein, in *Interpretação Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 218.

⁶ Garapon, A. (1999), p. 55.

⁷ Ely, John H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1979, p. 4.

direito resultaria de um mero trabalho de sociologia descritiva⁸.

Quando da publicação de “O modelo de regras”, no final da década de 60, no entanto, Dworkin propõe críticas à teoria de Hart, uma vez que as regras descritas por este não seriam suficientes para exaurir o que realmente é um sistema jurídico. Para Dworkin, com efeito, o sistema seria também (e principalmente) composto por princípios jurídicos, os quais teriam a característica de alterar a própria natureza do direito, pois intrinsecamente atrelados à moralidade política e dotados de conteúdo valorativo. Além disso, esses princípios far-se-iam presentes independentemente de qualquer fato social, isto é, independentemente de qualquer observação de cunho sociológico, como propunha Hart⁹.

Partindo dessas premissas, então, Dworkin pontua as principais diferenças entre princípios e regras na tentativa de restauração da relação entre direito e justiça. À medida que sua teoria é desenvolvida, entretanto, o autor acaba por colocar em um segundo plano a aludida distinção, e, através de um ataque ao utilitarismo e à filosofia analítica, passa a propor uma teoria do direito que não se isole da moral e da própria filosofia. Trata-se da sua teoria do direito como integridade, que ganhou força nomeadamente a partir da publicação da obra “Levando os direitos a sério”, em 1977.

A partir daí, pois, Dworkin pondera que as proposições jurídicas são verdadeiras na medida em que constem ou derivem dos princípios da justiça, da equidade e do devido processo legal, elementos que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade¹⁰. Nesse contexto, o autor sustenta a necessidade de que sejam reestabelecidos os pontos de ligação entre o saber normativo e o saber descritivo do direito, ponderando, ainda, que o ordenamento contenha também um viés prescritivo. Ademais, questiona os ideais utilitaristas, em razão de que tal doutrina, ao fixar-se em

objetivos coletivos, não levaria os direitos individuais a sério¹¹.

Para o autor, frisa-se, os direitos individuais não estariam subordinados a critérios de bem-estar social ou a outros valores coletivos, mas valeriam por si, pelo seu valor moral. Sob essa perspectiva, Dworkin afirma que a construção do saber jurídico não pode se dar de maneira fechada, delimitada, como propõe a escola analítica do direito inaugurada por John Austin, discípulo do filósofo utilitarista Jeremy Bentham, mas o sistema deve estar aberto aos juízos morais e aos aspectos políticos¹².

Nesse diapasão, pode-se dizer que, em linhas gerais, a teoria formulada por Dworkin do direito como integridade possui uma dimensão liberal e progressista, assumindo como base a defesa de direitos individuais. Para tanto, o autor afasta-se das correntes jusnaturalistas — uma vez que não acreditava na existência de um direito natural constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis — e formula uma compreensão bastante peculiar de democracia constitucional e de comunidade de princípios¹³.

Para ele, o direito não estaria vinculado a uma moral universal que o homem pode e deve descobrir, mas a uma moral decorrente de valores políticos e justificada no próprio procedimento democrático. Nessa ordem, Dworkin reconhece a normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais, afastando-se da noção de moral metafísica ou abrangente¹⁴.

E é exatamente com base nesses conceitos que o autor então expõe a sua preocupação com a limitação do poder estatal e com a responsabilização política dos juízes, tecendo importantes considerações acerca da posição que ocupam os tribunais no Estado Democrático de Direito contemporâneo.

⁸ Mello, Cláudio A., *Constitucionalismo e democracia: um estudo sobre os limites da jurisdição constitucional* (paper), 2003, p. 14.

⁹ Dworkin, Ronald, *Levando os direitos a sério*, tradução de Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pp. 29-33.

¹⁰ Passari, Alessandro, *Democracia e Tutela Jurisdicional sob a Ótica Hermenêutica de Ronald Coase* (paper), 2010, p. 99.

¹¹ Calsamiglia, Albert, *¿Por que es importante Dworkin?*, *Doxa*, n.º 2, 1985, pp. 159-165.

¹² Carniele, Eduardo V., *Judicialização da Política: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a participação da comunidade de intérpretes da Constituição nos processos de fiscalização abstrata de normas* (paper), 2006, p. 26.

¹³ Mello, C.A. (2003), pp. 17 e ss.

¹⁴ Passari, A. (2010), p. 95.

2.1 O conceito substancialista de democracia constitucional

Para a elaboração de sua teoria, Dworkin parte da premissa de que a concepção de democracia constitucional estabelecerá uma relação harmônica entre democracia e direitos fundamentais, posto que esta tem como fundamento a necessidade de conciliar a tensão fruto de uma sociedade organizada no consenso popular, mas cuja vontade dos indivíduos é limitada por normas constitucionais de difícil modificação. A fim de explicar a relação entre esses dois institutos, entretanto, convém antes enfatizar que a tese elaborada pelo autor destaca que uma comunidade democrática, não obstante seja formada por indivíduos independentes do ponto de vista moral, integra uma unidade de ação autônoma, isto é, o povo¹⁵.

Além disso, Dworkin ainda assevera que, para que se reconheça no indivíduo a qualidade de membro de uma determinada comunidade de ação autônoma, é necessário que ele, de forma cumulativa: (a) tome parte do governo, através de eleições populares; (b) faça valer seus interesses nas decisões políticas; e (c) possua uma independência moral diante dessas decisões¹⁶. Desse modo, uma vez inserido em uma comunidade autônoma ou democrática, é que o sujeito teria o seu lugar, o seu interesse na vida coletiva e a sua autonomia em relação aos demais assegurados pelo Estado.

Daí se denota a relevância dos princípios da participação e da autonomia na teoria de Dworkin, que ressalta a importância da vida ética da comunidade na esfera individual. Trata-se, em verdade, de uma tentativa de estabelecer uma relação estreita entre indivíduo e coletividade, a qual se configuraria de maneira recíproca, refletindo efeitos significativos às duas esferas.

E é precisamente este diálogo entre público e privado que permite ao jurista norte-americano defender a ideia de uma comunidade de princípios, nomeadamente porque as pessoas apenas integram um determinado grupo social quando aceitam a existência de princípios comuns, e não apenas de regras advindas de um suposto acordo político. Os membros de uma sociedade de princípios, portanto, devem partir do pressuposto que seus direitos e deve-

res políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas pelas instituições políticas que os representam, mas dependem, em um sentido *lato*, do sistema de princípios que esses atos decisórios pressupõem e ratificam¹⁷.

É intrínseca, assim, a aceitação de que todos possuem direitos e deveres que decorrem do próprio sistema, ainda que não haja uma declaração formal nesse sentido. Por essa razão, embora separados por diferentes concepções acerca do que seria o bem, os indivíduos, enquanto membros de uma comunidade democrática, partilhariam de uma compreensão de justiça que consistiria no fato de que todos os cidadãos devem ser tratados de maneira igualitária.

Além disso, a teoria de índole liberal promovida por Dworkin acentua que os acordos políticos tomados nas instâncias representativas de deliberação nem sempre são capazes de dar conta de todas as dimensões éticas da vida individual, de tal modo que o princípio da autonomia moral exige a existência de direitos fundamentais indispensáveis e que não estejam à mercê das eventuais maiorias provisoriamente no poder¹⁸. Essa concepção revela de modo claro o compromisso de Dworkin com as liberdades negativas, com o âmbito de ação dentro do qual o indivíduo tem a discricionariedade para agir autonomamente.

Com isso, na contramão da ideia de democracia majoritária, caracterizada pela prevalência das decisões tomadas pela maioria (e, em grande parte das vezes, em benefício dessa maioria), o autor formula o conceito de democracia constitucional partindo da premissa de que os indivíduos são titulares de direitos fundamentais decorrentes de um dado histórico e cultural reconhecido na própria essência de uma comunidade — e apartados, portanto, de qualquer idealismo jusnaturalista de um direito anterior e superior.

Segundo o autor, a democracia majoritária seria pautada por regras possibilitadoras, as quais estabeleceriam o processo democrático e se limitariam a assegurar a vontade da maioria. A concepção de democracia constitucional, por sua vez, além das regras procedimentais, pressuporia também regras constitucionais limitantes, que compreenderiam um

¹⁵. Carniele, E.V. (2006), p. 28.

¹⁶. Mello, C.A. (2003), p. 49.

¹⁷. Dworkin, Ronald, *O Império do Direito*, tradução de Jefferson L. Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p. 254.

¹⁸. Cittadino, Gisele, *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, p. 153.

conjunto de direitos fundamentais, os quais estariam excluídos do debate legislativo para fins de proteção contra eventuais decisões lesivas tomadas por maiorias transitórias¹⁹.

Esses direitos, na realidade, haveriam de ser incorporados pelo Poder Judiciário, instância que Dworkin entende como adequada para a defesa de direitos e de princípios de ordem constitucional. Isso porque, de forma sintética, pode-se afirmar que, se os “direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito de nenhum parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los”²⁰.

Assim, ao perquirir-se se constitui prática lesiva à concepção democrática de governo o fato das decisões acerca das questões políticas e principiológicas serem tomadas por tribunais e não por funcionários eleitos, Dworkin sustenta que a técnica para examinar uma reivindicação de direito, no tocante à coerência especulativa, seria melhor desenvolvida no discurso judicial do que no legislativo ou na massa dos cidadãos que elegem os legisladores. Isso porque, a partir de uma distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, Dworkin pondera que aqueles teriam o condão de justificar até mesmo uma decisão de ordem política, na medida em que constituem proposições que descrevem direitos, sejam eles individuais ou coletivos, e não meramente objetivos políticos²¹. Para o autor, portanto, em qualquer quadro inicial de afetação de recursos, os representantes eleitos não estariam institucionalmente em melhor situação do que os juízes para decidir questões de direitos.

E se isso não bastasse, Dworkin também pondera que membros de minorias organizadas terão sempre mais a ganhar com a possibilidade de que os tribunais possam decidir questões políticas, posto que, na via legislativa, os grupos majoritários é que terão maior capacidade de imposição de seus interesses. Perante o Judiciário, pois, essas minorias teriam amplo acesso, este constitucionalmente garantido, para pleitearem direitos e obterem decisões fundamentadas.

Nesta senda, Dworkin pondera que a revisão judicial é que asseguraria que questões fundamentais

acerca da moralidade política fossem finalmente levadas a debate como questões de princípio, e não apenas de poder. Isso porque, para o autor, os tribunais devem tomar decisões de princípios, e não de cunho político, ou seja, a decisão jurisdicional deve pautar-se pela busca da consagração de direitos individuais constitucionalmente previstos, e não pela promoção do bem-estar geral.

O resultado lógico disso é que as decisões tomadas pelo Estado e pela comunidade, enquanto agentes morais, sejam elas relativas às deliberações legislativas ou aos pronunciamentos judiciais, deverão ser sempre justificadas por princípios compartilhados por uma comunidade ética. Para além disso, por conta da profundidade do discurso judicial, para Dworkin, o Judiciário é que seria a instância mais apta a verificar a observância desses princípios²².

Dworkin, no entanto, como será a seguir analisado, não passa despercebido à possível contradição entre Estado de Direito e democracia, ponderando que a tensão existente entre os institutos se apresenta de modo ainda mais marcante no fenômeno da revisão judicial da constitucionalidade dos atos emanados pelo Poder Legislativo. O autor, assim, enfatiza a necessidade de um controle da discricionariedade judicial, bem como salienta que o Estado de Direito também serve ao aperfeiçoamento da democracia, na medida em que introduz o chamado “fórum do princípio”²³, elemento considerado por Dworkin como indispensável para um governo com pretensões de assegurar a concretização do princípio da igualdade.

2.2 O Controle da discricionariedade judicial

Consoante o acima exposto, pode-se afirmar que Ronald Dworkin justifica o papel ativo do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, atestando que uma comunidade verdadeiramente democrática não apenas admite, mas pressupõe decisões contra majoritárias, cuja força obrigatória advenha de princípios exigidos pela própria moralidade política. E, para que isso ocorra, propõe que as diretrizes políticas e os princípios migrem para a linguagem neutra do direito, de tal forma que não se possa estabelecer

¹⁹ Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: the moral reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 17.

²⁰ Dworkin, Ronald, *Uma Questão de Princípio*, tradução de Luís C. Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 31.

²¹ Passari, A. (2010), p. 102.

²² Cittadino, G. (2004), p. 153.

²³ Dworkin, R. (2005), p. 38.

uma separação absoluta entre direito, moral e política.

Não obstante a defesa de que questões fundamentais estejam sob a tutela jurisdicional, todavia, Dworkin pondera que o ativismo judicial só será legítimo quando pautado por argumentos racionais e controláveis, elementos que obstaculizariam a perpetuação de uma versão autoritária de um governo dos juízes²⁴. Assim, a leitura moral da Constituição, embora situe a moralidade política no cerne do direito constitucional, supõe que os juízes e os tribunais, ao aplicarem a norma, façam-no a partir de limites previamente estabelecidos, de maneira que não possa ser facultada ao aplicador a possibilidade de recorrer a critérios discricionários na concretização do direito.

Por conseguinte, pode-se afirmar que o direito como integridade, de uma maneira geral, “contesta a forma de ativismo judicial em que o julgador rejeita a Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriormente tomadas pelos Tribunais Superiores e as tradições da cultura política”²⁵ daquela comunidade democrática autónoma, propondo que juízes apliquem a norma constitucional não por suas convicções pessoais, mas por meio de um processo interpretativo capaz de envolver a moral política, a justiça e os demais elementos que refletem a identidade de uma nação. Segundo Dworkin, assim, ao fixar direitos jurídicos, os juízes deverão de levar em consideração as tradições morais da comunidade, ao menos do modo como estas são capturadas no conjunto do registro institucional que é de sua função interpretar²⁶.

Isso porque, conforme oriente o autor, caso fosse possível que o juiz decidisse com base em argumentos discricionários, comprometer-se-iam, no mínimo, três valores de essência liberal-democrática: a autonomia, a segurança jurídica e a separação de poderes²⁷. Diante disso, a desconfiança da subjetividade do

órgão aplicador e a defesa de um controle da atividade jurisdicional levam Dworkin a construir uma teoria da decisão judicial que não deixe espaços para a discricionariedade judicial. Para tanto, parte-se da ideia que, mesmo em casos considerados difíceis, os juízes têm à sua disposição critérios prévios para decidir da melhor maneira possível.

Tal concepção, frisa-se, opõe-se nitidamente aos ideais positivistas esmiuçados por Hart, autor que divide os casos apreciados pelos julgadores em fáceis (nos quais a lei a ser aplicada é clara e a jurisprudência é pacífica) e difíceis (casos em que a lei é omissa ou confusa, exigindo do juiz um certo grau de discricionariedade na aplicação da lei). Ao trazer para o cerne da questão os princípios jurídicos, em verdade, Dworkin busca demonstrar que o espaço deixado aos magistrados não é amplo da maneira como pretendem os positivistas, posto que sempre haverá uma resposta certa dada previamente pelo direito — de modo que o fato de os juízes se valerem de outros critérios que não apenas as regras para a aplicação do direito não significa que estejam eles agindo discricionariamente, mas apenas aplicando elementos estruturantes do sistema jurídico²⁸.

Para melhor compreender a questão, cumpre re-
pisar que, para Dworkin, o sistema jurídico não é integrado apenas por regras, mas também por outros critérios que delimitam a atividade jurisdicional, tais como os princípios do direito e as diretrizes políticas. Sob essa perspectiva, ganha relevância a distinção trabalhada inicialmente por Dworkin em relação à aplicação das regras e dos princípios.

O autor, de fato, considera que ambas as categorias possuem um conteúdo deontológico. Apesar disso, distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. Nesse contexto, enquanto as regras são formuladas com base em um modelo condicional, os princípios possuem conteúdo indeterminado na origem, apenas orientando a decisão através de elementos que ora pendem para um lado e ora pendem para o outro²⁹.

Assim, os princípios jamais predeterminam de modo conclusivo uma decisão. Daí, aliás, é que

à separação de poderes, posto que, assim agindo, o aplicador estaria se imiscuindo na competência legislativa.

²⁴. Binenbojm, Gustavo, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 75.

²⁵. Carniele, E.V. (2006), p. 34.

²⁶. Passari, A. (2010), p. 96.

²⁷. Primeiro, prejudicar-se-ia a autonomia pública, uma vez que o juiz, ao criar as regras a serem aplicadas ao caso, estaria usurpando a capacidade de auto-legislação dos cidadãos. A segurança jurídica, além disso, restaria fragilizada, uma vez que as leis criadas para o caso seriam, em certa medida, imprevisíveis. Por fim, importaria afronta

²⁸. Vieira, Oscar V., *A Constituição e sua Reserva de Justiça (um ensaio sobre os limites materiais do poder de reforma)*, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 198.

²⁹. Mello, C.A. (2003), pp. 17-20.

decorre a assertiva de que as regras são aplicadas na modalidade do “tudo ou nada”, enquanto os princípios passam por um processo de ponderação casuística, inclusive com base na conjugação de fundamentos oriundos de outros princípios que integram o ordenamento³⁰.

Para além da diferenciação entre regras e princípios, o autor ainda trata das chamadas diretrizes políticas (*polices*), caracterizadas por proporem objetivos a serem alcançados, verdadeiras metas coletivas (sejam elas econômicas, políticas ou sociais). Nesse caso, Dworkin destaca a existência de uma dimensão teleológica, que consiste na adoção de um padrão de conduta que melhor atinja um objetivo comunitário.

O mesmo, todavia, não pode ser usado quando da aplicação de princípios do direito, posto que estes devem ser respeitados pelo seu conteúdo particularmente deontológico, sendo uma exigência de justiça, independentemente de qualquer finalidade coletiva eventualmente cogitada ou trabalhada. Por conta disso, caso deflagrado um conflito entre diretrizes e princípios, estes haverão de prevalecer em razão da importância que os direitos individuais desempenham.

Segundo aponta Dworkin, ademais, por mais árdua que seja a tarefa de encontrar princípios jurídicos e de conferir a eles o peso exato quando da resolução de casos concretos, o seu sentido obrigatório tem como finalidade frear a discricionariedade judicial. Deste modo, ao juiz é dada a obrigação de encontrar e de balancear princípios, mesmo naquelas situações em que, para decidir, tenha de lançar mão de um apurado trabalho interpretativo, restando vedada a criação de direitos a partir de critérios puramente subjetivos. Isso porque, para Dworkin, mesmo nos casos difíceis, já existiria um direito previamente estabelecido, de modo que o juiz, fazendo uso de um conjunto coerente de princípios sobre os direitos e os deveres das partes, haveria de encontrar a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade, chegando então à melhor solução do caso concreto³¹.

Nesta senda, para superar eventual dificuldade na aplicação dos princípios, Dworkin faz uso da caricatura de um juiz ideal, cuja capacidade intelectual, para Jürgen Habermas, poderia ser comparada à força

física de um Hércules³². Assim, em sua obra, ao mesmo tempo em que esse juiz idealizado revelava a sua opção pelo construtivismo, ele apresenta-se como um protetor das minorias contra eventuais injustiças praticadas, interpretando o direito como integridade, isto é, como um conjunto indivisível de princípios e de valores sedimentados na prática histórica e compartilhados socialmente. O “juiz Hércules”, assim, não agiria para impor um conjunto de princípios de ordem jusnaturalista, mas atuaria dentro de um território concreto, seguindo os ditames constitucionais e dando voz a uma cultura política democrática com feições históricas específicas³³.

Para elucidar a questão, Dworkin chega ainda a comparar a interpretação jurídica com a elaboração de um longo romance literário (“romance em cadeia”³⁴). Sob essa perspectiva, o juiz atuaria como um escritor de um dos capítulos desse romance, sendo que os capítulos anteriores já teriam sido escritos por outros autores. Para manter a coerência e a harmonia com o conjunto da obra, por conseguinte, indispensável seria que o escritor (juiz) tivesse em mente o conteúdo dos capítulos anteriores, dando-se continuidade à interpretação feita pelos demais.

Diante dessa abstração, Habermas assevera que Dworkin tem o mérito de se preocupar com uma prática de decisão judicial que satisfaça simultaneamente as exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional³⁵. Isso porque o esquema proposto por Dworkin, de fato, dá ao sistema jurídico uma coerência singular, fornecendo às partes a segurança quanto à aplicação do ordenamento, bem como tem uma pretensão de legitimidade que implica a fundamentação racional das decisões.

Habermas, entretanto, considera que a teoria formulada pelo norte-americano, para ser colocada em prática, dependeria de juízes com enorme capacidade intelectual e com reconhecidas qualidades morais. Assim, para o filósofo alemão, os juízes deveriam obrigatoriamente ter as capacidades do “juiz Hércules”, que nada mais é do que aquele que conhecesse todos os princípios necessários para justificar uma

³⁰. Dworkin, R. (2002), p. 40.

³¹. Passari, A. (2010), p. 98.

³². Habermas, Jürgen, *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, vol. I, tradução de Flávio B. Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 263.

³³. Carniele, E.V. (2006), p. 37.

³⁴. Passari, A. (2010), pp. 99-100.

³⁵. Habermas, J. (1997), vol. I, p. 252.

decisão, bem como possui uma visão completa sobre os elementos do direito vigente, ligados através de conexões argumentativas.

Para além disso, veja-se que a argumentação trabalhada por Dworkin em relação à leitura moral da Constituição revela um modelo de interpretação orientado por regras e princípios, pressupondo uma comunidade que partilha de princípios comuns e que expressa uma confiança em suas tradições. E é exclusivamente por confiar nas tradições e nas práticas constitucionais estadunidenses que, segundo Habermas, Dworkin pode adotar uma visão substantiva de democracia constitucional e, a partir daí, configurar um modelo hermenêutico que pressupõe uma concepção de direito como integração³⁶.

Para a maioria das democracias contemporâneas, todavia, a teoria de Dworkin não seria a mais adequada, principalmente em países com predominância de um pluralismo social atrelado a um passado autoritário, tendo um âmbito de aplicação bastante restrito. Isso porque, além da utópica ideia da existência de um conjunto de juízes altamente qualificados que possa representar os cidadãos e garantir inteiramente a integridade da comunidade, um contexto histórico-social que não propicia o recurso a princípios substantivos também inviabiliza a teoria de Dworkin, ao passo que a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática certamente deixou seus vestígios.

Na realidade, para Dworkin, a jurisdição constitucional seria o que ele designa como *fórum do princípio*, dado que os juízes constitucionais, por sua formação e independência, seriam os mais aptos ou qualificados para, alheios à vontade de uma maioria eventualmente no poder, envolver questões de princípios. De outro lado, pois, Legislativo e Executivo seriam as instâncias mais qualificados, em razão de sua legitimação popular, para estabelecer políticas públicas que melhor atendam ao interesse da coletividade.

No desenvolvimento de seu trabalho, entretanto, o autor deixa de considerar e de justificar o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional em países cujo passado político deva ser apropriado pelos ma-

gistrados de forma crítica, posto que ausente um contínuo histórico de proteção aos direitos fundamentais. Diante disso, portanto, é que ganha relevância a teoria proposta pelo filósofo alemão Habermas, que, ao conceber a chamada democracia deliberativa, busca então preservar o potencial de racionalidade que emerge do diálogo na concretização das normas constitucionais e, com isso, suprir a atual crise no sistema de direitos³⁷.

3. A Democracia e o papel dos tribunais sob a ótica de Jürgen Habermas

Já no final do século XX, Jürgen Habermas, confrontado em razão de alguns conceitos constantes de sua obra “A Transformação Estrutural da Esfera Pública”, de 1962, resolve reconsiderar o seu posicionamento sobre as bases desta esfera. Com isso, após cerca de 30 anos, o tema regressa ao patrimônio argumentativo do filósofo alemão, que, respondendo às provocações, publica, em 1992, a obra “Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade”.

Em seu texto, Habermas defende a tese de que Estado de Direito e democracia, além de se relacionarem do ponto de vista histórico-empírico, guardam entre si um vínculo recíproco de natureza conceitual. Segundo ele, pois, há entre essas duas ideias fundamentais um nexos interno, de modo que a noção de Estado de Direito permanece incompleta sem uma real participação democrática dos cidadãos, do mesmo modo que a consagração democrática depende das estruturas do Estado de Direito para se consolidar em sociedades complexas³⁸.

Com isso, a partir das teses fundamentais de sua teoria do agir comunicativo, Habermas, ao contrário de Dworkin, formula agora uma noção procedimentalista do Estado Democrático de Direito, sem abandonar, todavia, o pressuposto de que a ordem jurídica não pode prescindir de uma pretensão de legitimidade. Isso porque, num ambiente em que convivam

³⁶. Habermas, J. (1997), vol. I, p. 266.

³⁷. Carniele, E.V. (2006), p. 40.

³⁸. Habermas, Jürgen, *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*, vol. II, tradução de Flávio B. Siebenichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, p. 310.

diversas reivindicações de validade, muitas vezes de forma conflituosa, a qualidade de legítimo não pode se respaldar no aspecto metafísico ou substantivo do direito natural (anterior e superior à ordem normativa), mas nos pressupostos comunicativos, os quais, compreendidos à luz da teoria discursiva, desenvolvem-se sob condições específicas do processo de formação da opinião e da vontade³⁹.

Diante disso, Habermas constrói as bases de sua teoria no intuito de estabelecer os pilares básicos de estruturação e de funcionamento da esfera pública, isso através da fundamentação do conceito normativo de democracia e do estabelecimento das diretrizes da atuação dos tribunais para cumprir legitimamente a tarefa de concretizar as normas (regras e princípios) de uma ordem constitucional, tomando decisões com repercussões políticas, mesmo que compostos de membros não eleitos pelo voto direto.

É assim que Habermas procura solucionar a tensão entre democracia e direitos fundamentais, sobretudo na busca por um ideal de democracia efetiva e compatível com o pluralismo social, a qual permita a efetivação legítima e o exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos. Deste modo, através de uma teoria discursiva do direito, Habermas supera as visões liberal e comunitária (ou republicana) do direito, que, segundo o autor, não mais conseguiriam acompanhar uma sociedade multicultural, e passa a adotar uma concepção essencialmente universalista.

Desenvolve-se, assim, uma relação interna entre soberania popular e direitos fundamentais, possibilitando uma real coexistência entre as autonomias pública e privada. Isso porque, segundo Habermas, somente será possível a produção de um direito legítimo se estiverem devidamente asseguradas a participação ativa (autonomia pública) e as liberdades subjetivas (autonomia privada) de todos os cidadãos.

3.1 A Democracia deliberativa e a legitimidade do direito

A teoria comunicativa de Habermas consiste, basicamente, em uma análise teórica da racionalidade como um sistema operante da sociedade, de modo que o autor, negando a ideia de que a razão instrumental

constitui a própria racionalização da comunidade ou o único padrão de racionalização possível, institui o conceito de “razão comunicativa”, isto é, de comunicação livre, racional e crítica. Com isso, Habermas propõe uma teoria que seria capaz de incorporar não apenas uma ética da discussão, mas também envolveria a legitimação democrática diante da alta complexidade das relações sociais contemporâneas⁴⁰.

A sociedade moderna, de fato, segundo analisa Gisele Cittadino, promove o individualismo nos projetos pessoais, mas ressalta o pluralismo nas formas de vida coletiva⁴¹. Além disso, envolve uma multiplicidade de valores culturais, religiosos e morais, com diversas concepções individuais do que seria uma vida digna, de modo que a única solução para o direito, como mecanismo regulador, seria buscar o consenso em meio a essa diversidade. Face a essa premissa, Habermas, a partir do confronto entre cidadania, direito e natureza do processo político, constrói a noção de democracia deliberativa, tida pelo autor alemão como fundamento de legitimidade da ordem jurídica, posto que concebe um diálogo aberto com as concepções liberal e republicana de democracia, ambas presentes no debate teórico-político estadunidense⁴².

Em primeiro lugar, é importante salientar que a concepção liberal elabora um conceito de cidadão destacando a titularidade de direitos oponíveis ao Estado e aos demais cidadãos. O liberalismo, portanto, concebe o cidadão como titular de direitos negativos decorrentes da própria lei.

Ainda nessa lógica, os direitos políticos de participação teriam o condão de dar ao cidadão a possibilidade de fazer valer seus interesses privados, que devem ser agregados com os interesses pessoais de terceiros, a fim de que seja formada uma vontade política capaz de agir sobre a administração. Deste modo, ao defenderem seus interesses através do voto, os cidadãos estariam agindo de forma estratégica, de acordo com a mesma lógica que, por exemplo, os agentes econômicos formulam seus padrões de conduta em um mercado.

Já em uma concepção republicana, pode-se dizer que são as liberdades positivas, dentre as quais se destaca a participação política, que melhor definem

³⁹. Carniele, E.V. (2006), p. 40.

⁴⁰. Carniele, E.V. (2006), pp. 40-42.

⁴¹. Cittadino, G. (2004), p. 90.

⁴². Habermas, Jürgen, *Três Modelos Normativos de Democracia*, Revista Lua Nova, n.º 36, 1995, p. 42.

o *status* do cidadão, dado que os republicanos compreendem a cidadania, primordialmente, como a possibilidade de participação em uma prática política comum⁴³. As liberdades positivas, assim, seriam aquelas que permitem que os cidadãos, através da política democrática, convertam-se em atores políticos responsáveis por uma comunidade de pessoas livres e iguais — isto é, espera-se dos cidadãos republicanos uma ação virtuosa em processos de formação da opinião e da vontade (a qual corresponda aos interesses de todos os integrantes de uma determinada comunidade), e não um mero agir na perseguição de interesses privados.

Dáí pode-se concluir que o liberalismo, em conformidade com o conceito de cidadania que propõe, entende a ordem jurídica estruturada a partir da concepção de direitos subjetivos, que permitem verificar, em cada caso particular, o direito cabível ao indivíduo, produzindo segurança jurídica na medida em que possibilita aos atores o cálculo das possíveis consequências de seus atos e das ações de outros sujeitos de direito. Mais do que isso, é também possível afirmar que, sob esses ditames, a ordem jurídica teria o condão de fixar limites de poder indispensáveis para, em um contexto pluralista, perseguir o equilíbrio mais satisfatório possível de interesses em conflito⁴⁴.

Por sua vez, os republicanos, em um sentido ligeiramente oposto, conferem primazia ao aspecto objetivo do ordenamento, compreendendo direitos como resultantes de uma vontade política prevalente. Deste modo, a ordem jurídica incorporaria um elemento teleológico de realização do bem comum em uma dada comunidade, o que implica ajustar os direitos às condições e aos costumes de um grupo social específico⁴⁵.

Para além disso, em um último aspecto comparativo, Habermas procura estabelecer os parâmetros dados ao conceito de processo político por republicanos e liberais. No ponto, valendo-se de uma análise mais aprofundada, Habermas aduz que os liberais entendem a política como uma disputa de posições para assumir a administração estatal e nela se manter. Com isso, da concorrência que naturalmente daí decorre entre os atores políticos que agem de forma

estratégica, forma-se a opinião e a vontade política na esfera pública e no parlamento, e o resultado final desse jogo é aferido por meio de uma soma de forças, sendo o êxito medido pelos votos obtidos dos cidadãos, que o fazem de acordo com suas preferências, tais como os próprios agentes do mercado.

Nesse processo, os atores políticos não recorrem ao uso de argumentos racionais para prevalência de seus interesses, mas transigem através de instrumentos de barganha. Assim, por meio de um procedimento democrático entendido como um sistema de concorrência de interesses privados, a sociedade pode programar o aparato administrativo do Estado, agregando-lhe os interesses dos diversos atores políticos⁴⁶.

Os republicanos, por sua vez, não têm o mercado como paradigma da política, assentando suas bases na ideia de diálogo, isto é, na formação da opinião e da vontade no espaço público e no parlamento através da comunicação. Além disso, para afirmar a autodeterminação cidadã, os republicanos supõem uma base da sociedade civil autônoma, independente tanto da administração pública como do intercâmbio privado, que seria capaz de proteger a comunicação política da absorção do aparato estatal e da estrutura do mercado. O processo político, portanto, não ficaria reduzido a uma arena de disputas de interesses privados, mas estaria impregnado de questões valorativas.

E é justamente essa troca contínua de opiniões, que, na concepção de Habermas, adquire força vinculatória sobre a forma de exercer o poder político em atenção ao interesse geral da comunidade. Nessa perspectiva, portanto, conclui o autor que a política constitui um processo de argumentação racional, e não apenas de poder, direcionado para um acordo acerca daquilo que seria o justo no regramento da vida em sociedade⁴⁷.

A concepção republicana, porém, representa, na prática, um idealismo excessivo, pois faz o processo democrático depender da virtude de cidadãos e dos valores compartilhados por uma comunidade. Assim, se, por um lado, o modelo liberal confere primazia aos direitos humanos, compreendendo o processo de formação da opinião e da vontade na eleição e no parlamento como um compromisso de interesses, o republicano, ao prestigiar a soberania popular, alia

⁴³. Martins, António M., *Modelos de Democracia*, Revista Filosófica de Coimbra, vol. VI, n.º 11, 1997, p. 89.

⁴⁴. Carniele, E.V. (2006), pp. 43-46.

⁴⁵. Habermas, J. (1995), p. 42.

⁴⁶. Carniele, E.V. (2006), p. 43.

⁴⁷. Habermas, J. (1995), p. 43.

o processo político a uma utópica auto compreensão ética da comunidade.

Diante dessas variáveis, em que, para alguns, prevaleceria a autonomia privada (visão liberal), e, para outros, a autonomia pública (visão republicana ou comunitarista), a teoria do discurso de Habermas busca enquadrar-se em uma posição visivelmente intermediária, associando ao processo democrático conotações normativas mais fortes do que o modelo liberal pressupõe, porém mais brandas do que almejam os republicanos⁴⁸. Habermas, assim, a partir de uma releitura das concepções acima retratadas, confere lugar central ao processo político de formação da opinião e da vontade, pois entende os princípios do Estado de Direito como uma resposta à questão de como institucionalizar os pressupostos comunicativos de índole democrática⁴⁹.

Para José Gomes Canotilho⁵⁰, com efeito, a democracia proposta por Habermas não se assenta em valores universais do homem, numa perspectiva liberal, nem na moral de uma comunidade específica, numa perspectiva republicana, mas em regras de discurso cujo fim primordial é proporcionar uma solução universal a questões morais e éticas da sociedade. Na verdade, pois, o filósofo alemão procura esgotar a relação de tensão entre soberania popular e direitos humanos, ou seja, entre liberdade positiva e negativa.

Para isso, parte do pressuposto de que os indivíduos em uma comunidade jurídica somente podem ser inteiramente autônomos se forem simultaneamente autores e destinatários de seus direitos. Com isso, autonomia privada e a autonomia pública não concorreriam entre si, de modo que a auto legislação (em que destinatários são ao mesmo tempo autores de seus direitos) estabeleceria um nexo causal entre soberania popular e direitos humanos.

Para Habermas, portanto, a ligação entre democracia e Estado de Direito consistiria no fato de que os cidadãos só podem fazer uso adequado de sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em sua esfera privada; além disso, só podem usufruir uniformemente a autonomia privada se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política. Em razão disso, portanto, é que

direitos fundamentais liberais e políticos são inseparáveis na concepção de Habermas⁵¹.

Sob esse viés, o autor defende que a democracia depende da institucionalização de processos e de condições de comunicação para a formação livre da opinião e da vontade, de maneira que a política deliberativa não fique na dependência de uma comunidade de cidadãos que compartilham valores éticos comuns. As normas e as decisões políticas, deste modo, só poderiam ter sua legitimidade reconhecida em decorrência do fato de poderem ser questionadas e aceitas em um discurso de cidadãos livres e iguais, que se reconhecem não apenas como destinatários, mas também como autores das normas a que devem obediência⁵².

Nesse contexto, Habermas sublinha a importância que a teoria do discurso confere à emergência de uma esfera pública autônoma de argumentação e de debate. Tratar-se-ia, pois, de um espaço público livre para o exercício da crítica e da discussão, que, situado entre a sociedade civil e o Estado, abriria caminho à uma ampla democratização do processo de decisão através de significativo enfoque à formação discursiva, dialógica e inclusiva da vontade política.

Idealiza o autor, deste modo, a construção de um espaço em que a democracia estaria assegurada através da participação imparcial dos cidadãos, que, longe de qualquer influência externa, teriam de demonstrar a efetiva força de seus argumentos para que estes prevalecessem. Além disso, pondera que a atuação na esfera pública não há de ser movida, como pretendia a perspectiva liberal, nem pela defesa de interesses econômicos particulares, nem pela tentativa de concentração de poderes com o objetivo de domínio, mas deverá estar atrelada ao *locus* em que se desenvolve o uso público da razão, fator que permite a instauração do debate sobre as mais variadas questões⁵³.

Com isso, a democracia, que, segundo José Gomes Canotilho⁵⁴, seria o elemento indispensável do Estado Democrático-Constitucional de Direito, estaria aqui associada à ideia de criação de procedimentos através dos quais todos os afetados por normas sociais gerais

⁴⁸. Carniele, E.V. (2006), p. 45.

⁴⁹. Habermas, J. (1997), vol. II, p. 21.

⁵⁰. Canotilho, José G., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1417.

⁵¹. Habermas, Jürgen, Sobre a legitimação pelos direitos humanos, in *Direito e Legitimidade*, São Paulo, Landy, 2003, p.72.

⁵². Martins, A. M. (1997), p. 91.

⁵³. Carniele, E.V. (2006), p. 49.

⁵⁴. Canotilho, J.G. (2003), p. 1334.

e por decisões políticas coletivas poderiam ter voz na sua formulação, estipulação ou aplicação, consistindo, portanto, na estrutura comunicacional do agir orientado para o entendimento⁵⁵. E para que o melhor argumento prevaleça, seria indispensável que as mais diversas razões tivessem iguais oportunidades de chegarem às instâncias deliberativas e decisórias, bem como ao público que as influencia, o que dependeria de um espaço inclusivo, em que cada argumento levasse a efeito, de forma racional, a sua força legítima.

É precisamente esse o papel do espaço público pretendido por Habermas, que, ao dinamizar iniciativas populares, ao introduzir alternativas nas escolhas políticas e ao impor justificações rigorosas aos atos políticos⁵⁶, permitiria transmitir os impulsos comunicativos surgidos no cotidiano às instâncias formais de decisão, possibilitando que a comunidade, que necessita do direito para regular suas relações, insira uma racionalidade dialógica nas instâncias estatais. Por essa razão, processos e pressupostos comunicativos de formação da opinião e da vontade funcionariam como verdadeira comporta para a racionalização discursiva das decisões de um governo vinculado ao direito e à lei⁵⁷.

Sob esse viés, aliás, tem-se considerado que o modelo de ação política proposto por Habermas seria um verdadeiro “modelo das comportas”, que emergiria em substituição ao antigo “modelo do assédio”. Nos dois casos, veja-se, o sistema político estruturado do Estado de Direito consta de um centro e de uma periferia. No modelo do assédio, contudo, a fortaleza política, que separa o centro da periferia, estabelece-se permanentemente assediada pelos cidadãos, que, através de debates públicos, tratam de exercer influência sobre os processos deliberativos, embora sem a intenção de transpor essa fortaleza. O modelo das comportas defendido por Habermas, por sua vez, prevê que, se os cidadãos desejarem exercer influência sobre o centro (isto é, sobre o parlamento, sobre os tribunais e sobre a administração), devem fazer com que os fluxos de comunicação provenientes da periferia ultrapassem as comportas dos procedimentos democráticos e dos demais requisitos estabelecidos pelo Estado de Direito.

Ao contrário do que pensava Dworkin, portanto, Habermas enfatiza o potencial de racionalidade dos procedimentos democráticos, nomeadamente através do diálogo. Essa perspectiva, veja-se, parte do pressuposto de que a cidadania se nutre de uma cultura política liberal, mas carece de condições procedimentais mínimas, que não podem ser supridas pela simples vontade da maioria⁵⁸.

Em consonância com a defesa de tais procedimentos democráticos, então, Habermas rejeita a ideia de que um tribunal se envolva na prática política a partir de valores preferencialmente aceitos. Em sua concepção, pois, os tribunais não de se limitar ao zelo pelos procedimentos democráticos e por suas condições mínimas, devendo também se abrir a todo o potencial de razão emergente do diálogo proveniente da esfera pública.

3.2 O Papel dos tribunais e a defesa do procedimento democrático

Habermas, no que concerne ao papel das Cortes Constitucionais na tarefa de concretizar normas dessa natureza, de fato, inicia suas considerações com a afirmação de que a existência de tribunais constitucionais não é algo evidente como pretendem alguns autores, pairando inúmeras dúvidas a respeito da legitimidade de suas decisões e do lugar de suas atribuições no esquema estatal moderno da separação de poderes. De qualquer forma, o autor não passa despercebido à influência cada vez mais intensa desses tribunais nas democracias contemporâneas e ao seu papel de centralidade no sistema político, reconhecendo que a concorrência entre Judiciário e Legislativo se agrava especialmente no âmbito do controle abstrato de normas, isto é, do reexame judicial para aferir, em tese, se a lei votada por um parlamento eleito pelo voto direito guarda ou não conformidade com o texto constitucional⁵⁹.

Considera, assim, que o modelo da separação de poderes visa justamente submeter a administração e a justiça a um poder estruturado através do diálogo nas instâncias de representação popular. Em razão do acentuado número de questões que reclamam

⁵⁵. Habermas, J. (1997), vol. I, p. 92.

⁵⁶. Canotilho, J.G. (2003), p. 1455.

⁵⁷. Habermas, J. (1997), vol. I, p. 23.

⁵⁸. Carniele, E.V. (2006), p. 51.

⁵⁹. Habermas, J. (1997), vol. I, p. 298.

regulamentação por parte do legislador político, contudo, esse não tem condições de disciplinar *ex ante* com suficiente precisão, o que abre espaço à atuação do Judiciário na tarefa de concretização e de desenvolvimento do direito. Diante disso é que sua teoria do discurso procura compreender como a interpretação construtiva pode operar legitimamente no âmbito da divisão de poderes do Estado de Direito, isso sem que os tribunais lancem mão de competências legislativas⁶⁰.

A justificação deste controle jurisdicional de constitucionalidade, na disputa entre constitucionalismo e democracia, veja-se, passa necessariamente pela concepção de que o Judiciário desempenha o papel de impor limites às decisões tomadas por maiorias, assegurando os direitos humanos das minorias e tutelando o processo político⁶¹. É sob esse viés que Habermas propõe a existência de um tribunal que assegure aos atingidos das decisões políticas a possibilidade de influir na tomada de decisões, de modo que reste preservada a autonomia pública e privada dos cidadãos.

Para além disso, contudo, pressupõe o autor que os tribunais, mesmo que diante de textos com amplas possibilidades interpretativas, são obrigados a proferir decisões corretas, ou seja, devem decidir de forma adequada para satisfazer os critérios de segurança do direito e de aceitabilidade racional, tomando como base, para tanto, os padrões de condutas obrigatórios e legitimamente postos pelo legislador democrático. Com isso, Habermas exclui claramente a possibilidade de criação do direito pelo Poder Judiciário, pretendendo um equilíbrio de valores preferencialmente aceitos que objetivem o cumprimento de fins coletivos⁶².

Por essa razão, os tribunais não poderiam ser comparados a guardiões de uma suposta ordem de valores substantivos, ao passo que os princípios constitucionais de caráter normativo que asseguram a legitimidade do processo legislativo democrático não podem ser interpretados como valores concretos de uma dada tradição ético-política. Do contrário, pois,

nos termos estabelecidos pela teoria do discurso, o papel dos tribunais seria precisamente o de “proteger o processo de criação democrática do direito e as condições da gênese democrática das leis, o que pressupõe reservar às Cortes Constitucionais a guarda do sistema de direitos que toma a autonomia privada e a autonomia pública igualmente possíveis em sociedades pós-convencionais”⁶³.

Neste diapasão, então, é que Habermas procura desenvolver uma concepção que lhe permita defender a ideia de que os cidadãos, ao mesmo tempo autores e destinatários de seus próprios direitos, possam fazer uso do diálogo não apenas na fundamentação das normas oriundas do Legislativo, mas também na tarefa de interpretação e de aplicação do direito, em que eventual dificuldade pode ser superada por meio dos próprios paradigmas do direito. Referidos paradigmas, frisa-se, explicitariam como devem ser entendidos e manejados os princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais, sobretudo a fim de que esses possam cumprir, em um dado contexto, as suas funções normativas.

E o objetivo de Habermas ao adotar essa compreensão de paradigma jurídico passa pela íntima conexão que impõe entre a hermenêutica constitucional e o processo histórico, sendo que os princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais, para o autor, somente poderão adquirir densidade através de um processo hermenêutico inevitavelmente associado a um dos paradigmas de direito em vigor. Nesse contexto, aliás, é que Habermas identifica, no mundo moderno, apenas dois paradigmas de direito ainda em aplicação: (a) o direito formal burguês, vinculado ao Estado liberal clássico; e (b) o paradigma do direito ao bem-estar, do *Welfare State*⁶⁴.

Enquanto o primeiro deles estaria atrelado à ideia de assegurar a autonomia privada dos cidadãos, o segundo surgiria como um advento de Estado social, cujo objetivo é compensar as desigualdades materiais decorrentes do fator social em prol de um almejado equilíbrio⁶⁵. Para Habermas, todavia, ambos configurariam um modelo distributivo de benefícios sociais, tratando os cidadãos como destinatários de bens e desprezando o papel destes enquanto autores do direito.

⁶⁰. Habermas, J. (1997), vol. II, p. 297.

⁶¹. Oliveira, Marcelo C., *Devido Processo Legislativo e Estado Democrático de Direito: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2004, p. 279.

⁶². Carniele, E.V. (2006), p. 54.

⁶³. Carniele, E.V. (2006), p. 55.

⁶⁴. Carniele, E.V. (2006), p. 56.

⁶⁵. Cittadino, G. (2004), p. 207.

Diante dessa “falha”, como evidencia Eduardo Carniele⁶⁶, Habermas propõe a elaboração de um paradigma procedimental do direito, cuja pretensão se restringiria a assegurar condições necessárias para que os membros de uma comunidade jurídica, mediante práticas comunicativas de autodeterminação, interpretem e concretizem princípios inscritos na Constituição. Somente assim é que o direito legítimo estabelecerá suas ligações com a democracia, não apenas no nível político deliberativo de produção normativa, mas na interpretação e na aplicação do direito através do diálogo.

O paradigma proposto por Habermas, destarte, procuraria assegurar a todos um direito de realizar os princípios e os sistemas de direitos constitucionalmente configurados e de tomar parte na interpretação da Constituição, tornando possível que a vontade e a opinião dos cidadãos formadas no âmbito da esfera pública, ainda que informais, influenciem as decisões e as deliberações tomadas no âmbito do Poder Judiciário. É sob esse contexto que emerge o modelo de jurisdição constitucional proposto por Habermas, em que a Corte Constitucional deveria entender a si mesma como protetora das condições que possibilitem um processo legislativo democrático cuja formação da opinião e da vontade se produza de forma livre e inclusiva, assegurando a criação de uma ordem jurídica legítima⁶⁷.

Em outras palavras, pode-se afirmar que Habermas pretende a existência de um Tribunal Constitucional que atue como protetor de um processo de criação democrática do direito, e não como um mero guardião de uma suposta ordem supralegal de valores éticos de uma comunidade política. Além disso, para que essa tarefa seja efetivamente legítima, não pode ela ser executada por um único juiz dotado de capacidades especiais, como pretendia Dworkin, mas pressupõe outras formas de participação que promovam então a formação democrática da vontade.

O constitucionalismo democrático, deste modo, nos termos do que dispõe Habermas, pressupõe a atuação de um Judiciário comprometido com a democracia e que garanta condições para o exercício da cidadania, considerando, para tanto, as desigualdades sociais e o pluralismo de identidades culturais e individuais. Assim, a solução para o ativismo juris-

prudencial na “construção” de direitos resolver-se-ia senão através da fundamentação e da exposição ao debate, uma vez que a crítica oriunda da esfera pública teria efetivo potencial racionalizador e legitimador. Nessa esfera, aliás, verifica-se uma verdadeira aproximação das construções teóricas de Habermas com as do constitucionalista alemão Peter Häberle, especialmente no que tange à defesa de uma Constituição aberta a uma ampla comunidade de intérpretes⁶⁸.

Para Häberle, com efeito, a interpretação consiste em um processo aberto que conhece possibilidades e alternativas diversas. Por conseguinte, a vinculação do intérprete ao texto constitucional se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção⁶⁹. Assim, Häberle defende que o juiz não mais interprete um dispositivo constitucional de forma isolada, principalmente em se tratando de normas que afetem um maior número de interessados e provoquem profundas controvérsias na comunidade.

É também sob esse viés, portanto, que Habermas concebe o instituto da *judicial review* como um meio necessário para reforçar o processo de formação democrática da vontade, devendo este limitar-se, no entanto, a assegurar, de forma dialógica, a essência democrática do direito. A *judicial review*, com isso, na visão do autor, não pode ser vista como um entrave social, mas deve eliminar obstáculos postos ao processo democrático, assegurando o vínculo entre Estado de Direito e democracia, mesmo porque a maioria legitimamente eleita não tem a prerrogativa de inviabilizar o próprio procedimento democrático e suas condições procedimentais.

Conclui Habermas, portanto, que o Judiciário é o elemento fundamental para o surgimento de uma cidadania ativa, pois é ele que irá agir na defesa direta do princípio democrático e dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Todavia, é clara a percepção do autor de que a correção do direito tem seu lugar na formação política da vontade do legislador e na comunicação advinda da esfera pública, pois só

⁶⁶ Carniele, E.V. (2006), p. 57.

⁶⁷ Cittadino, G. (2004), pp. 207-211.

⁶⁸ Carniele, E.V. (2006), p. 58.

⁶⁹ Häberle, Peter, *Hermenêutica Constitucional — A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*, tradução de Gilmar F. Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, pp. 30-31.

nesses casos o direito entraria efetivamente em contato com a moral⁷⁰.

Por conseguinte, o filósofo alemão não admite, no âmbito da aplicação das normas, a fundamentação moral das decisões, posto que a justificação e a elaboração de critérios de decisão não estariam disponíveis ao sistema jurídico, mas restritos ao sistema político. Habermas não admite, portanto, a inclusão de novos princípios no processo de aplicação do direito, devendo os tribunais limitarem-se ao que designa como discurso de aplicação ou de adequação da norma — posto que, caso possam os tribunais se pautarem pela noção de concretização de valores materiais, poderão eles transformarem-se em verdadeiros órgãos autoritários e irracionais, visto que qualquer tese poderá ser utilizada como argumento na aplicação do direito⁷¹.

4. Conclusão

Nas sociedades contemporâneas, cumpre repisar, tem sido cada vez mais marcante a presença dos tribunais na tomada de decisões de ordem política, o que tem se dado sob o pretexto de se estabelecer uma relação de compromisso com a soberania popular. É nesse contexto, pois, que debates de interesse público e com enorme repercussão popular vêm sendo apropriados pelo Judiciário, dando-se respaldo a grupos que antes não viam suas reivindicações devidamente apreciadas pelas instâncias de representação política nas democracias contemporâneas.

Todavia, não se pode deixar de consignar que o processo de concretização, pelos tribunais, especialmente das normas de índole constitucional, guarda um certo grau de imprecisão que pode arriscadamente esconder um subjetivismo do intérprete, refletindo uma crise de legitimidade na produção normativa e na aplicação daquilo que seria efetivamente o justo. Isso porque, ainda que tais demandas encontrem justificativa na necessidade de concretizar as regras e os princípios positivados no texto constitucional, elas frequentemente implicam a anulação de deci-

sões políticas tomadas por representantes eleitos pelo próprio povo, o que pode levar à percepção de que o excesso de direito e de justiça pode pesar sobre a democracia.

Diante desse contexto, pois, é que a crescente atuação do Judiciário na esfera política tem induzido à percepção de que haveria um excesso de intervenção judicial a tencionar os ideais de democracia e de Constituição nos Estados Democráticos de Direito contemporâneos. E é nomeadamente em face desse atrito que as obras de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas foram aqui evidenciadas no intuito de estabelecer a forma como podem então os tribunais agir legitimamente na concretização do direito.

Primeiramente, veja-se, Dworkin, ao desenvolver o seu conceito de democracia constitucional, pressupõe que uma comunidade, por essência, forma uma entidade distinta de seus membros, sendo que estes apenas a integram na medida em que compartilhem princípios comuns e possuam direitos fundamentais que lhes confirmem uma independência moral em relação às decisões majoritárias. Diante dessa premissa, Dworkin justifica que nada tem de antidemocrático afirmar que princípios comuns e direitos fundamentais assegurados no âmbito do Poder Judiciário servem para limitar os acordos políticos da maioria. Na realidade, o jurista norte-americano entende até mesmo que a técnica para reivindicar os direitos fundamentais, entendidos como uma condição da democracia, seria bem mais desenvolvida no discurso jurisdicional, pois nele as questões de moralidade política são debatidas como questões de princípios, e não apenas como de poder político.

Em contrapartida, Dworkin preocupa-se com o controle da discricionariedade judicial, sobretudo a fim de evitar que o Judiciário se transforme em uma instância autoritária. Assim, no dever de proferir decisões corretas, a sua teoria põe diante do intérprete critérios prévios (regras, princípios e diretrizes políticas) capazes de predeterminar a sua decisão, pressupondo, para tanto, uma confiança irrestrita nas tradições.

Essa perspectiva teórica, no entanto, apesar de fortemente embasada, não tem se mostrado adequada, dentre outros fatores, para realidades em que os contextos históricos devam efetivamente ser apropriados criticamente pelos adjudicadores. Por conta disso, tem ganhado maior eficácia prática o referencial analítico adotado por Habermas, filósofo alemão

⁷⁰. Carniele, E.V. (2006), p. 60.

⁷¹. Carniele, E.V. (2006), pp. 60-61.

que desenvolveu o conceito procedimentalista de democracia deliberativa, através do qual a democracia não ficaria na dependência de valores éticos substantivos comuns.

A partir do diálogo contemporâneo entre liberais e republicanos, na realidade, Habermas defende a tese de que, conceitualmente, não há prevalência nem dos direitos humanos nem da soberania popular, tendo em vista que, da ideia de auto legislação, resulta um nexos interno entre liberdades negativas e positivas. Defende o autor, então, a tese de que a democracia depende da institucionalização dos pressupostos comunicativos necessários para formação livre e inclusiva da opinião e da vontade, o que implica a valorização da esfera pública, responsável esta por introduzir a dimensão dialógica na democracia e por conectá-la com a produção de racionalidade. Nessa perspectiva, a prática democrática transcenderia ao sistema político e ao aparato social, possibilitando um amplo debate público, em que diversos argumentos pudessem penetrar nas instâncias decisórias através de um “modelo de comportas”.

Para Habermas, portanto, os cidadãos, autores e destinatários de seus direitos, deveriam ter a possibilidade de participar não apenas dos procedimentos dialógicos de produção das normas, mas também nos processos de aplicação do direito. Com isso o autor elabora um modelo de paradigma procedimental, que visa assegurar as condições necessárias para que os atingidos pelas decisões judiciais possam interpretar e concretizar os dispositivos constitucionais.

A teoria do discurso de Habermas, destarte, afasta a atuação paternalista dos tribunais, pois entende que são grandes os riscos de disfarçarem os juizes seu “decisionismo” ao entender a Constituição como uma unidade valorativa. Assim, no processo de interpretação constitucional, por não estar o órgão decisor dotado de capacidades morais especiais, não é sequer legítimo que o tribunal se comporte como um guardião de uma suposta ordem de valores substantivos ou regente republicano da cidadania. Para que haja legitimamente, com efeito, deve o tribunal limitar-se a proteger o processo de criação democrática do direito.

Nesse contexto, a recusa do juiz monológico e a defesa de formas de participação que aliviem o órgão jurisdicional do fardo de proferir decisões corretas resultam justamente na adoção do conceito de comunidade de intérpretes da Constituição, ou seja, na

defesa de que atores informais tomem parte no processo hermenêutico de concretização dos dispositivos constitucionais. Com isso, a visão de Habermas acaba sendo mais abrangente do que o modelo liberal proposto por Dworkin e, portanto, de maior viabilidade prática, posto que ressalta a fragilidade de comunidades políticas com passado autoritário e enaltece o potencial racional emergente dos discursos que se operam na esfera pública democrática quando da densificação dos dispositivos constitucionais.

Os desafios da universalidade dos Direitos Humanos frente aos limites da configuração nacionalista de consciência e pertença: por uma cultura político-jurídica global de responsabilidades

The challenges of the Human Right's universality towards the limits of nationalism configuration of consciousness and belonging: for a global legal-political culture of responsibilities

Tatiane Burmann

Doutoranda em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
tatiburmann@gmail.com

Resumo: A complexidade das demandas do mundo contemporâneo definitivamente extrapola as competências estatais modernas e exige a estruturação de novas formas de enfrentamento. Nesse cenário de globalização excludente, de (in)suficiência dos limites da cidadania nacional para tratar de um conjunto de problemas globais que afetam o homem para além de seus vínculos identitários com a nação e de clamor por uma cultura político-jurídica de caráter universal, o presente texto pretende analisar os direitos humanos enquanto limite ético para promover o diálogo intercultural, com conteúdo de avaliação moral e jurídica, capaz de orientar a formação de responsabilidades comuns.

Palavras-chave: Cidadania nacional. Direitos humanos. Globalização. Identidade. Universalidade.

Abstract: The complexity of the contemporary world difficulties outweighs modern state competencies and requires a new structuration to determine forms to face it. In this scenario of exclusionary globalization, of (in)sufficiency of the limits of national citizenship to deal with a set of global problems that affect the human being beyond their identity ties with the nation and of clamor for a political-juridical culture with universal character, the present paper intends to analyze human rights as an ethical limit to promote intercultural dialogue, with moral and juridical evaluation content, capable to conduct the formation of common responsibilities.

Keywords: National citizenship. Human rights. Globalization. Identity. Universality.

1. Introdução

O mundo contemporâneo tem promovido uma sociabilidade que não se deixa aprisionar. Aproximações e afastamentos, isolamentos e aberturas, risco e complexidade povoam um cenário em configuração. O Estado-nação, como forma mais tradicional de produzir identidade, de situar o homem no meio e de resolver os problemas do cidadão nacional, mostra sinais de fragilidade. A globalização das demandas extrapola as competências estatais modernas e exige a adoção de novas formas de enfrentamento. Não diferente ocorre com o Direito que, para se universalizar e se tornar uma referência substancial capaz de tratar de questões internacionais, precisa romper com conceitos que fecham os Estados nacionais em torno de si mesmos e reduzem a potencialidade de sua atuação na resolução dos problemas globais, daqueles que ultrapassam a ideia de soberania e fragilizam a humanidade como um todo.

No entanto, essa abertura de novas possibilidades de acesso e de trocas não implica na queda das barreiras nacionais e na formação de uma comunidade única, harmônica e solidária de todos os povos da Terra. Paradoxalmente ao contexto homogeneizador da globalização, as identidades reagem à exposição com o que não é de senso comum, a fim de demarcar de modo inquestionável as suas formas particulares de produção de pertença, definindo os limites do “dentro” e do “fora”. O mosaico das diferenças tende a aumentar toda vez que as particularidades culturais, religiosas ou nacionais reclamam um reconhecimento específico e, de certa forma privilegiado para seus interesses, tendendo a reforçar as demandas locais e os laços internos de perspectiva identitária.

Sem dúvida, os vínculos de pertença desempenham um papel fundamental na configuração da identidade e das visões de mundo, tendo em vista que são, ao mesmo tempo, uma forma própria de estipular os liames da diferença e da igualdade que separa o outro diferente do outro semelhante. Porém, numa época em que proliferam os problemas de ordem mundial, os quais extrapolam os limites territoriais do Estado-nação e afetam o homem independentemente do seu vínculo de pertença, qualquer alternativa que fomenta o isolamento e a deserção entre as culturas e entre as nações impossibilitará a formação de diálogos, tão necessários à constituição de uma política comum de responsabilidades, bem como dificultará a

definição de uma universalidade dos direitos humanos baseada na natureza moral do homem como tal.

Sob esta ótica, o aumento dos desafios da universalidade dos direitos humanos é diretamente proporcional à intensidade com que os Estados se obstruem na proteção de seus interesses soberanos e as culturas se isolam na defesa de suas especificidades. Na intenção de assegurar a potencialidade da universalidade, evitam-se relativismos de todas as ordens. Nessa seara, a história e a reprodução natural e linear dos fatos, por si só, não servem de argumento moral para transformar certas formas de tradição de um país, cultura, religião, em um recurso identitário.

O reconhecimento de uma fundamentação universal para os direitos humanos baseada na natureza moral do homem não pode ser associado a determinados grupos, nem ter sua validade condicionada somente a elementos histórico-sociais. Ao contrário, reconhecer a humanidade do homem como tal como o fundamento da universalidade dos direitos humanos exige a coexistência moral de todos os homens, independentemente do pertencimento a determinada situação histórico-cultural, elevando o tratado jurídico de suas relações a um mínimo ético.

A pluralização crescente das sociedades questiona o conceito tradicional de nação como espaço homogêneo e fechado. A afirmação e a defesa dos direitos humanos, extensivos a todos os homens, independentemente da raça, da religião ou da cultura, é incompatível com o fechamento num universalismo abstrato de caráter secundário. A humanidade está destinada a conviver um jogo contínuo de valores, no qual os principais pilares são a liberdade, a igualdade e a democracia. O presente texto, nestes termos, pretende defender os direitos humanos como limite ético para promover o diálogo intercultural, com conteúdo de avaliação moral e jurídica, capaz de orientar a formação de responsabilidades comuns, ante o fenômeno da globalização excludente, a (in)competência dos limites da cidadania nacional e o clamor por uma cultura político-jurídica de caráter universal.

Para tanto, em um primeiro momento aborda-se a questão da problemática da fundamentação dos direitos humanos. Não cabe aqui tratar de critérios específicos, mas sim, tentar demonstrar que o fundamento dos direitos humanos reporta a uma ordem comum de valores que visa justificar a aceitação de um conjunto de conceitos jurídicos e de práticas políticas e cuja finalidade é proteger o homem

independentemente de seus vínculos institucionais ou culturais, sem que isso comprometa também sua universalidade.

A análise da moralidade jurídica dos direitos humanos no contexto de uma sociedade cada vez mais pluralista e globalizada é o objeto do segundo capítulo. Procura-se, uma vez que as modalidades formais de legitimação política consideradas democráticas não parecem resistir à crescente democratização da democracia, em especial quando estão em causa formações de carácter global, identificar uma legitimação dos direitos humanos capaz de ser transaccional, de estabelecer mutuamente e de modo universal a todas as culturas em diferentes épocas e locais específicos, e, por conseguinte, de abrir uma perspectiva para a ação jurídico-política cosmopolita.

O terceiro ponto versa a imprescindibilidade da substituição da noção clássica de cidadania por uma cultura político-jurídica de responsabilidades comuns, a qual deve fomentar a globalidade e a universalidade dos direitos humanos independentemente de qualquer sentimento de pertença. Apesar das incertezas e fragilidades atuais do alcance dos direitos humanos, não há como projetar o progresso moral da universalização e da democracia sem incitar a criação de novas formas de participação e vinculações jurídicas do homem no mundo.

O grande desafio, assim, é o de que a universalidade dos direitos humanos tem um longo percurso a fazer para se tornar uma realidade política e jurídica em escala mundial. E, por certo, uma sociedade que pretenda sustentar-se em todos os lugares, no Direito e na Justiça, deverá, ainda, fundamentar os direitos humanos nesse quadro de inquietações universais.

2. A Fundamentação dos direitos humanos: da sedução do relativismo histórico à necessidade da universalidade heterogênea

O presente capítulo pretende, a partir da análise da problemática da fundamentação dos direitos humanos, reportar o fundamento dos direitos humanos a uma ordem comum de valores, capaz de proteger o homem independentemente de seus vínculos institu-

cionais ou culturais, sem que isso comprometa também sua universalidade. Para tanto, em um primeiro momento, atenta-se para o fato de que as tradições e a História não representam, por si mesmas, boas razões para se considerar adequada e moralmente aceita uma prática cultural. E, na sequência, trata-se da universalidade dos direitos humanos, que apesar de reconhecida textualmente, ainda carece de uma efetividade também universal.

2.1 A insuficiência da historicidade e da tradição como fundamento único da sociabilidade

A capacidade e o alcance do entendimento humano de responder à pergunta sobre o que os seres humanos consideram bom para eles e o que lhes sugere uma orientação de justo domina o debate filosófico desde Aristóteles.⁷² No entanto, tal questão dificilmente é abordada pelos juristas quando do enfrentamento do entrave da fundamentação dos direitos humanos ou da sua pretensa historicidade. Nesse caso, predominam análises jurídicas reféns de uma postura teórica⁷³

⁷² Segundo Barbas Homem, “na dialética aristotélica encontramos o seguinte ponto de vista: os conceitos utilizados na comunicação linguística apresentam-se como relacionados nexos distintos. Nas *categorias*, Aristóteles distingue os conceitos opostos como tipos de oposição entre as coisas, aqui dizendo que a oposição pode assumir quatro modos: relativo, contrário, de privação e efetividade, de afirmação e negação. (...). Estas observações levantam duas questões essenciais: a) se podemos pressupor a categoria de justiça sem identificarmos a injustiça; b) se existe um termo médio entre o justo e o injusto, do qual se pode dizer que não é justo nem injusto” (BARBAS HOMEM, António Pedro. *O justo e o injusto*. Lisboa: AAFDL, 2014, pp. 15-16).

⁷³ Desse ponto de vista *essência-formal*, Moncada esclarece que “a justiça nada mais reclama de qualquer ordem jurídica positiva ou de direito positivo, para estes serem justos, do que o respeito daquele critério matemático que fica formulado no texto. Sem esse respeito, nenhum direito pode ser justo; qualquer lei que o não respeite jamais poderá ser *lei jurídica*, como diziam os Escolásticos”. Assim, “o direito pode ser justo e estar errado; pode ser vicioso e imoral e ser justo. A justiça como essência, é indiferente ao critério acerca do *quod* e do *quatum* em que há-de assentar a consideração dessa igualdade e dos homens, para saber em que aspecto eles hão-de ser tomados como iguais ou como desiguais. A Fenomenologia da ideia de justiça não se confunde com Ética nem com a Política” (MONCADA, Luís Cabral de. *Estudos de filosofia*

impeditiva de aprofundar e mesmo de afrontar esta premissa epistemológica relacionada com o saber, o ser e o valor⁷⁴, capaz de constituir uma reflexão permanente do homem no mais existencial sentido humano e, por isso, de ser tomada como núcleo para a definição dos direitos humanos.

É evidente que o homem vive inserido em um contexto histórico, bem como se sabe que não há como fugir dessa contingência. Nota-se, nesse viés, uma habilidade de supervalorizar o componente histórico enquanto conexão contínua e diacrônica da tradição, como razão e justificativa para que determinados valores sejam aceitos, praticamente de modo incondicional, por uma certa cultura. Contudo, como bem defendido por Ernst Tugendhat⁷⁵, “o mero fato de que nos encontramos dentro de uma certa tradição não é suficiente para a justificação de como é bom viver”. E o autor ainda complementa, não tem sentido “justificar que uma coisa é boa com referência à situação histórica, nem a seu passado, à tradição, e também não faz sentido justificar que uma coisa é boa referindo-se ao presente; isso significaria adequar-se a uma moda”.⁷⁶ Tão logo, quando se apresentam as condições temporais e causais de determinada concepção, se produz, também, uma relativização dessa. O que é avaliado como bom no presente ou podia assim ser considerado no pretérito não passam de fatos, insuficientes para justificar valores e o bom no sentido moral.

No momento em que a tradição e a autoridade são rejeitadas como promotoras do bem, o homem chega ao entendimento sobre as boas razões que devem guiá-lo no percurso da sua história, percebido não mais como lógica sincrônica, mas como uma abertura para conduzir avaliações morais e jurídicas sem ter de aceitar a inevitabilidade e a veracidade emanada da

continuidade histórica pura e simples como fator absoluto de legitimidade.⁷⁷ Essa nova perspectiva depara-se com a necessidade de o homem passar a justificar as escolhas e deliberações levando em conta uma agenda de sociabilidades muito particulares e inclusive divergentes, em um mesmo tempo ou em tempos diferentes, em sociedades iguais ou distintas.

Compreender a realidade não é a mesma coisa que aceitá-la. Relativismos ou particularismos existem e definem o mundo, mas não fazem mister uma realidade histórica inquestionável e absoluta. A História não é necessariamente uma sequência linear de fatos; é igualmente memória, descontinuidade, saber, manipulação, resultado, processo e uma sequência passível momentos de ruptura.⁷⁸ O entrave reside, dessa forma, não no reconhecimento da diversidade histórica e cultural que produz tradições e compreensões diversas — cada uma a seu modo, promove direitos e garantias sem aviltar a dignidade de seus sujeitos, e sim na defesa de que esta mesma diversidade, debruçada na continuidade histórica, seja o fundamento de sua própria aceitabilidade e de validade moral.

Tem-se uma nova consciência espaço-tempo, que marca uma situação de ruptura em relação ao passado e inaugura um movimento percebido particularmente após as experiências catastróficas do século XX. A responsabilidade da humanidade, nesta era pós-nacional, como diria Jürgen Habermas⁷⁹, continua a voltar-se para o passado, para a sua história e suas tradições, entretanto, com um novo olhar, com a intenção de memorizar os seus erros e de sensibilizar-se

do Direito e do Estado. Vol. II., Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda 2004, p. 61).

⁷⁴. Por outro lado, Moncada reconhece que o conhecimento filosófico do jurídico constitui uma reflexão permanente do homem sobre o seu próprio ser e obrar, na missão sem fim que lhe pertence de criar o direito e o Estado. Negar a legitimidade deste tipo de conhecimento seria o mesmo que negar uma parte, e por certo a mais nobre, da consciência e da existência humana (Ibid., pp. 45 e ss).

⁷⁵. TUGENDHAT, Ernst. Antropologia como filosofia primeira. In: OLIVEIRA, Nythamar de; SOUZA, Draiton Gonzaga de (Orgs.). *Hermenêutica e filosofia primeira*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006, p. 88.

⁷⁶. Ibid., p. 89.

⁷⁷. Para Lucas, de fato, não se pode viver fora da história, nem mesmo compreender o mundo afastado dela. Porém, sem esquecer a importante lição que nos apregoa a historicidade, é preciso reconhecer que não se pode aceitar a legitimidade das justificativas e dos fundamentos a respeito de valores morais quando a única razão para os aceitar seria a sua referência histórica ou cultural. É importante que se desconfie dos argumentos causais e lineares tomados como verdadeiros ou bons pelo simples fato de terem respaldo histórico. Caso fosse diferente, seria difícil encontrar novas razões para o futuro, também seria possível avaliar, mesmo minimamente, a justiça e a injustiça que se produziu ao longo da história da humanidade (LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010).

⁷⁸. LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Tradução de Bernardo Leitão e outros. Campinas: Unicamp, 2003.

⁷⁹. HABERMAS, Jürgen. *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1989.

com o sofrimento do outro. É estabelecida uma distância refletiva entre a própria tradição e essa apropriação consciente da própria história.⁸⁰

No caso específico dos direitos humanos não é outra a situação. O fato histórico do seu reconhecimento jurídico e da institucionalização dos seus postulados proporcionado pelas revoluções liberais do século XVIII, sem dúvida, é de uma importância inegável para a afirmação das sociedades democráticas, todavia, não inibe, e nem mesmo basta, como justificação para as declarações modernas de direitos humanos. Mais, afirma Douglas Cesar Lucas⁸¹, sob esse ângulo, que o momento histórico do reconhecimento institucional dos direitos humanos confunde-se com o próprio advento do Estado moderno, passando aquele a configurar como elemento material de formação deste, como última instância de legitimação do Estado de Direito. Porém, essa constatação histórica não reduz a questão da fundamentação dos direitos humanos à conformação do Estado liberal ou à positivação⁸² de um rol de direitos.

Embora conheça-se a dificuldade de se chegar a um acordo teórico e prático sobre os fundamentos

dos direitos humanos, além da desconsideração existente com esse problema epistemológico⁸³, a análise do tema da fundamentação pode ajudar a compreender a extensão da sua aplicação no mundo de hoje. Isso porque os direitos humanos, nas sociedades contemporâneas, possuem uma centralidade no que concerne tanto a legitimidade dos Estados como as formas de vida das populações. Nesse contexto, como bem lembrado por Jacques Maritain⁸⁴, do ponto de vista da inteligência, o essencial é obter uma verdadeira justificação dos valores e das normas morais.⁸⁵ E, com relação aos direitos humanos, o que mais importa a um filósofo é a questão de seus fundamentos racionais.

Para autores como António Teixeira Fernandes⁸⁶, a busca de um fundamento absoluto para os direitos humanos não tem sentido, pois sustenta que

“o problema do fundamento dos direitos humanos não é uma questão de direito positivo, mas de direito racional ou de direito natural. Podem ser justificados em função de valores últimos, mas o que se faz normalmente em relação a estes valores consiste em assumi-los ou em não assumi-los. Os direitos humanos modificam-se com a mudança das condições históricas. Se isso é verdade, não se poderá atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos”.

⁸⁰. A exemplo, a análise da nefasta experiência nazista dos campos de concentração e das câmaras de gás. Pode-se dizer, nesse tocante, que a confiança antropológica nas tradições, característica típica da racionalidade historicista, aparentemente restou definitivamente abalada. Todavia, não se está afirmando, com isso, que é possível alcançar todo o passado ao memorizá-lo. Até porque muito do que a humanidade conhece sobre os campos de concentração, somente pode ser perceptível e compreendido pelas próprias vítimas. Mesmo assim, em casos como esse, a memória não pode representar a simples recordação de algo que não deve se repetir, devendo ser uma forma viva, testemunhal, para que a violência e o horror não se perpetuem.

⁸¹. LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*, 2010.

⁸². Como se sabe, as teorias positivistas pregam que os valores não podem ser objetivos, na medida em que a observação do que é efetivamente não pode oferecer nenhuma pauta de valor, estando este além do alcance do método científico-racional, tão logo, um direito somente poderá ser considerado com tal se estiver reconhecido pelo ordenamento legal. Nesse cenário, qualquer fundamento externo ao sistema legal não é válido. A respeito, cabível lembrar Hans Kelsen, defensor de que o direito positivo não pode condicionar a validade de suas normas a um sistema valorativo, pois, como impera na sociedade um relativismo valorativo, impedida está a possibilidade de se encontrar um fundamento de valor que seja absoluto e último para a validade do direito.

⁸³. De acordo com Lucas, o problema do fundamento não tem ocupado a agenda de preocupações de todos os estudiosos que se dedicam ao tema dos direitos humanos, especialmente porque a violação material de tais direitos, que tem sido cada vez mais gritante e assumido novas formas na sociedade global, tem monopolizado o debate político e levado à desconsideração desse problema epistemológico (LUCAS, Douglas Cesar, op. cit.).

⁸⁴. MARITAIN, Jacques. *El hombre y el Estado*. Buenos Aires: Club de Lectores, 1984.

⁸⁵. Émile Durkheim destaca que, não se trata simplesmente de fazer de maneira que cada um tenha à sua disposição uma rica alimentação, mas que cada um seja tratado como merece, seja libertado de toda a dependência injusta e humilhante, esteja preso aos outros e ao grupo sem aí perder a sua personalidade (tradução livre) (DURKHEIM, Émile. *Lenços de Sociologie*. Biblioteca digital Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/lecons_de_sociologie/Lencons_socio.pdf>. Acesso em maio de 2016, p. 68).

⁸⁶. FERNANDES, António Teixeira. *Cidadania e direitos humanos*. Porto: António M. Valente, 2010, pp. 23-24.

Acrescenta o referido autor que, o problema não se trata mais de encontrar um fundamento absoluto, mas os fundamentos possíveis. Até porque é impossível um último fundamento quando os direitos humanos não podem ser dissociados dos problemas históricos, sociais e econômicos, e têm-se vindo a afirmar de uma forma sempre nova, dilatando seus conteúdos, com alargamentos em todas as direções. E o que mais se procura é o alargamento do consenso. Assim, uma coisa é a sua declaração e justificação no plano ideal, outra é a sua garantia e sua proteção.⁸⁷

Na mesma linha é o posicionamento de Norberto Bobbio⁸⁸, que, apesar de não considerar inexistente o problema da fundamentação dos direitos humanos, acredita ter sido satisfatoriamente resolvido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos. Sua argumentação está centrada em duas ideias principais: a primeira, é impossível a busca de um fundamento absoluto para os direitos humanos; e a segunda, os direitos humanos não são direitos naturais, mas conquistas históricas. Assim, o autor enfatiza o argumento de que os direitos humanos são direitos históricos, relativos, decorrentes da própria relatividade que constitui a história de cada povo e, portanto, não se trata de encontrar um fundamento, mas os vários fundamentos possíveis.

Norberto Bobbio⁸⁹ acrescenta, ainda, que os direitos reconhecidos nas declarações modernas⁹⁰ são

direitos inclusive diversos entre si e, em alguns casos, até mesmo incompatíveis, o que, em seu entendimento, impossibilita a defesa de um fundamento único dos direitos humanos. Ademais, mesmo a busca dos tais fundamentos possíveis “não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado”. De fato, sintetiza o autor, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Apesar de notória a difícil definição do que sejam, objetivamente falando, os direitos humanos, o que realmente interessa, como forma de superar o relativismo e a negação da universalidade, é uma resposta ao problema da fundamentação de tais direitos isenta das condicionantes culturais e históricas.⁹¹ Pois, se por um lado há o clamor da sociedade para que os direitos do homem incorporem grandes agendas nacionais e transformem radicalmente a realidade de todos aqueles que precisam ser protegidos, por outro depara-se com o reconhecimento dos direitos humanos que ocorre de modo desigual em todos os países. As condições materiais e históricas se alteram de local para local e nem todas trazem os direitos humanos como herança social.⁹²

⁸⁷. O autor ressalta ainda que a questão atual não está focada na fundamentação, mas na garantia, de forma que os direitos humanos não sejam violados — o que não retira a importância da questão dos fundamentos (Ibid., pp. ss).

⁸⁸. No seguinte trecho é possível perceber a concepção de Norberto Bobbio acerca da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa é prova é o consenso geral acerca da sua validade” (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 26 e ss).

⁸⁹. Ibid., p. 24.

⁹⁰. A prová-las estão as sucessivas declarações como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades (1950), a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952), a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2001), a Declaração de Nova Deli sobre Diálogo entre Civilizações (2003), a Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais

(2005), entre muitos outros textos de caráter internacional.

⁹¹. Ressalta-se que entre os problemas de conceito e de fundamentação dos direitos humanos há uma substancial relação de proximidade, sendo que, até o presente, não se tem conhecimento de nenhuma tese de convergências contundentes em torno de tais pressupostos (sobre o tema, conferir obras como a de António Teixeira Fernandes, Arthur Kaufmann, José de Melo Alexandrino, Javier de Lucas).

⁹². Nesse contexto, Lucas refere que condições econômicas, culturais, políticas, etc., são o que definem a forma como cada país estabelece sua política de direitos humanos. Um quadro de diversidades não representa outra coisa senão as diferenças que caracterizam a formação, o desenvolvimento e a expectativa de cada nação em relação ao seu passado, presente e futuro. O fator histórico acaba, assim, por ser o responsável pela dificuldade em se garantir plenamente os referidos direitos, configurando-se numa herança social que o povo, de um modo geral, pretende superar (LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*, 2010, pp. 45-46).

A diversidade cultural da sociedade contemporânea é demais significativa para a imposição de um fundamento absoluto ou de conceitos únicos. O que se precisa é desenvolver um diálogo a partir de uma base comum de valores humanos capaz de garantir a dignidade do homem como tal, bem como o direito de viver a diferença nos limites da não-negação da igualdade presente nos homens em razão de sua humanidade. Dessa forma, será possível uma cultura viver sua diversidade e produzir seus próprios conceitos sem abdicar dos valores que viabilizam a coexistência humana digna, e, por conseguinte, do alvo de proteção dos direitos humanos.⁹³

Ainda, pode-se dizer que os fundamentos dos direitos humanos são pressupostos para a avaliação valorativa e para a definição e validade de seus conceitos, de modo que afastar os argumentos relativistas historicistas e culturais é o passo inicial de toda teoria que defenda a potencialidade universal desses mesmos direitos⁹⁴, a qual é capaz de tornar executável a luta pelos direitos humanos, mesmo naqueles países que os violam. E, nessa circunstância, a História⁹⁵, apesar de remota dos fundamentos dos direitos

humanos, é o tempo das possibilidades materiais da conquista e da defesa de tais garantias jurídicas, ou seja, sua institucionalização local.⁹⁶

2.2 Os direitos humanos ou são universais ou não o são

A universalidade dos direitos humanos, apesar de reconhecida textualmente, carece de uma efetividade também universal, especialmente porque a sua capacidade de gerar obrigações jurídicas permanece atrelada diretamente aos processos históricos de formação institucional dos Estados modernos. Mas, uma vez que os valores humanos, dada sua conexão com o valor da justiça, passam a corresponder a deveres ideais exigidos em todas as partes e em todos os tempos do mundo, a concretização desses direitos passa a ser dependente e variável das condições sociopolíticas e jurídicas.⁹⁷

eles regista alguns que se tornam tradições. É igualmente verdadeiro que a História *em si* normativa, como a tradição o não é, como a experiência do presente também não o é. Assim, a História, como a tradição e a experiência, nada impõem à vontade humana que se move num outro plano, determinada por representações, não do que *é* ou do que *foi* mas sim do que *deve ser*. Mas, a História que não impõem nada, desempenha, contudo, uma outra função para o desenvolvimento do pensamento político, que este não pode dispensar. Isto é: a História, sendo um capítulo da experiência humana, e precisamente o mais rico de todos os tempos na sua acção e reacção de uns sobre os outros, permitindo-nos muitas vezes descobrir a lei que os regula nas suas relações de antecedente para consequente. Isto é ainda: a História *informa-nos*. Sobre ela e sobre o conhecimento dos factos passados fundam-se a sociologia e as ciências sociais” (MONCADA, Luís Cabral de. *Estudos de filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda 2004, p. 75).

⁹³. José de Melo Alexandrino, ao aduzir que “tal como nem todos os direitos morais são direitos humanos morais (sendo estes uma espécie dentro do género), nem todos os direitos da pessoa humana juridicamente reconhecidos traduziram a positivação de direitos humanos morais”, faz reportar a diferença de conceito e valor. Um conceito não é, em si mesmo, um valor; do mesmo modo, um valor pode ser expresso por diferentes conceitos (ALEXANDRINO, José de Melo. A natureza variável dos direitos humanos: uma perspectiva da dogmática jurídica. In: BARBAS HOMEM, António Pedro; BRANDÃO, Cláudio (Orgs.). *Do direito natural aos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 122).

⁹⁴. Javier de Lucas, não obstante configurar como um dos mais importantes críticos dos direitos morais, ao afirmar que os defensores dessa teoria não conseguiram apresentar uma clara separação entre o fundamento e o conceito propriamente dito de direitos humanos, é contundente ao negar que a história possa, por si só, ser a base fundamental dos direitos humanos. (DE LUCAS, Javier. *Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos. (A propósito de la polémica sobre los derechos morales)*. Biblioteca digital Miguel Cervantes. Disponível em: < <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc5t3x9>>. Acesso em junho de 2016).

⁹⁵. Dignas as lições de Mocada a respeito da História na sua obra *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I, as quais podem ser sintetizadas na seguinte transcrição: “Sem dúvida, a História regista puramente factos e entre

⁹⁶. Relembra-se que não tem o presente trabalho o propósito de apresentar ou questionar todas as teorias de fundamentação dos direitos humanos, mas simplesmente traçar um quadro teórico que permita enfrentar o problema da universalidade dos direitos humanos em uma sociedade de crescente diversidade cultural.

⁹⁷. A respeito do conceito de justiça e valor, ver a obra *Além da Justiça*, de Agnes Heller. Sinteticamente, apresenta que “a ação política contemporânea não está confinada a um país ou a uma cultura, nem mesmo a diversos países ou culturas. A ‘história’ mundial, uma vez construída de filosofias da história e aplicada ‘a

Nesse liame, e reconhecido que a sociedade contemporânea é marcada por encontros entre relativismos culturais que evidenciam, a um só tempo, a afirmação de identidades locais e o florescimento de uma cultura global que perpassa os diferentes espaços de sociabilidade, a ideia de universalidade passa a ser pregada, ao contrário da postura homogeneizante e indiferenciada emanada de determinados impérios culturais ou políticos, como a probabilidade de se constituir um ponto de partida comum (uma universalidade moderada⁹⁸) na direção de um projeto intercultural capaz de promover os diálogos tão requisitados pelos temas globais de direitos humanos. Douglas Cesar Lucas chega a afirmar que “a universalidade dos direitos humanos não é necessariamente contrária à

diversidade cultural e às diferentes formas de reconhecimento prático de tais direitos”.⁹⁹

A era da globalização compartilha um número de problemas e de desafios que somente poderão receber atenção eficiente se forem pensados e tratados de forma global. Nesse quadro, a universalidade funciona como recurso político para a definição de uma pauta capaz de levar em frente ações de direitos humanos que afetam a humanidade como um todo. Trata-se, pois, de uma universalidade que se opõe a exclusão e ao estranhamento, ou seja, denuncia o fechamento das sociedades em torno de valores que distinguem e isolam pelo tratamento desigual.¹⁰⁰ Nesse sentido, Antônio Teixeira Fernandes dispõe que “a paz universal terá lugar somente quando existirem cidadãos do mundo e não unicamente cidadãos de cada Estado particular”.¹⁰¹

A realidade constitui-se como um mosaico de pequenos mundos. As pessoas e grupos operam, nas suas relações sociais, de acordo com dois critérios, a diferenciação e a identificação. Produzem-se círculos de relações que definem o âmbito do poder dos indivíduos. Busca-se a relação com semelhantes ao mesmo tempo que se recusa a presença de dissemelhantes, seja por meio da ‘igualdade na diferença’, sem qualquer preocupação de homogeneidade, ou,

todos os tempos’, tornou-se a realidade do nosso tempo. Diferentes culturas (por isso, diferentes histórias) não apenas partilham o mesmo planeta, também partilham o destino deste globo”. O que quer que acontece em algum lugar do mundo pode ter — mais frequentemente do que não ter — consequências fatais para as vidas dos cidadãos de cada cultura, de cada país. Nesse cenário, do ponto de vista de valores, “o senso de justiça expressa a vontade que certas normas, ou pelo menos uma, deve ser comum a toda a Humanidade, a todas as culturas: a de constituir a Humanidade como o grupo essencial”, sem esquecer, entretanto, da singularidade de cada cultura consistente na especificidade de normas, regras e padrões de ação não partilhados com qualquer outra cultura. As culturas não deixarão de ser únicas, mas elas podem e devem ser comparadas pelo padrão da verdadeira norma que partilham. Infelizmente o senso de justiça ainda não é geral, o que não significa que ele não exista. Se todos o fizessemos, a Humanidade já seria, de fato, o agrupamento protetor (essencial) (HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Tradução Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, pp. 59 e ss).

⁹⁸. Retomando Agnes Heller, tem-se que o *postulado* erigido pelo senso de justiça é uma diminuição na dominação, coerção, força e violência existente em todas as culturas. Uma cultura registrará mais alto índice em um certo aspecto e mais baixo em outro quando comparada as demais. A mesma crença que é verdadeira e a mesma ação que é certa dentro da tradição de uma cultura particular podem ser falsas e erradas dentro da tradição de outra. O senso de justiça, dessa forma, não exige apenas a aplicação dos mesmos padrões na avaliação das ações e padrões comportamentais e restrições sistêmicas que envolvam denominação, coerção, força ou violência, mas clama por culturas a serem comparadas e classificadas também do ponto de vista desses padrões (Ibid., p. 71).

⁹⁹. LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*, 2010, p. 44.

¹⁰⁰. Conforme Tércio Sampaio Ferraz Junior, a fragmentação da imagem do homem na pluralidade dos universos culturais nos quais ele se socializa e se politiza torna-se problemática no mundo informatizado dos dias atuais. A adequação das convicções do indivíduo e de sua liberdade a ideias e valores universalmente reconhecidos e legitimados em um sistema de normas e fins aceitos pela sociedade se dispersa na inoperante efetivação. A crise das concepções de homem, na trilha do espaço de questionamento aberto pelo advento das ciências humanas e pelo predomínio da ideia individualista, torna difícil para nossa sociedade, altamente politizada, no sentido organizacional e técnico, a capacidade de reconhecer-se num perfil antropológico fundamental ou de referir-se a um paradigma coerente do homem (JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. *Direitos humanos e o legado da Revolução Francesa*. In: BARBAS HOMEM, Antônio Pedro; BRANDÃO, Cláudio (Orgs.). *Do direito natural aos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 51–71).

¹⁰¹. FERNANDES, Antônio Teixeira. *Cidadania e direitos humanos*, 2010, p. 34.

ainda, da aceitação da ‘diferença na igualdade’, com o apagar de todas as divergências.¹⁰² Não se pode, contudo, sem entrar em uma certa contradição, prescrever, ao mesmo tempo, a defesa absoluta do indivíduo isolado e a defesa da comunidade de inserção¹⁰³, tendo em vista que vive-se numa “insociável sociabilidade”, conforme afirma Kant, e fazem-se pausas igualitárias na intriga das desigualdades.

Será necessário firmar princípios universais para que a sociedade se realize em liberdade e democracia. Afinal, como ressalta Pérez-Luño, a ideia de universalidade constitui um pressuposto fundamental da própria gênese dos direitos humanos em tempos modernos.

“Nunca como hoy se había sentido tan intensamente la necesidad de concebir los valores y derechos de la persona como garantías universales, independientes de las contingencias de la raza, la lengua, el sexo, las religiones o las convicciones ideológicas. Se siente hoy con mayor intensidad que en cualquier etapa histórica precedente la exigencia de que los derechos y las libertades no se vean comprometidos por el tránsito de las fronteras estatales. Estos requerimientos vienen impuestos por esos procesos de mutua implicación económica que reciben el nombre de la «globalización»; y porque vivimos en el seno de sociedades interconectadas a escala planetaria, cuyo testimonio más evidente es Internet

(cfr., Pérez Luño 1997b). En un mundo interdependiente, en el seno de sociedades interconectadas, la garantía de unos derechos universales se ha hecho más perentoria que nunca”.¹⁰⁴

Mas, não se poderá deixar também de dar espaço às especificidades culturais para que se expressem as identidades e as subjetividades. Só assim pode-se conciliar integração e manutenção das diferenças, universalismo e particularismo.

Nesse contexto de tentativa de conciliação, os comunitaristas mais radicais defendem que o verdadeiro vínculo de pertença se dá pela identidade formada por meio do diálogo com os outros dentro de uma mesma cultura, sendo que cada cultura mantém a validade em si mesma em prioridade à justiça universal. Os liberais, por sua vez, desconhecem as diferenças culturais, reduzindo-as ao domínio de uma cultura dominante e ao caminho do particularismo mascarado de universalismo.¹⁰⁵ A propósito, ressalta que não são poucas as objeções contra a possibilidade de um fundamento universal para os direitos humanos, suscita-se, em especial, o enfoque pós-moderno do multiculturalismo.¹⁰⁶

^{102.} Segundo António Teixeira Fernandes, nesse sentido “dois procedimentos surgem com bastante aparência na Europa. A política francesa tem contrariado a diversidade étnica e promovido a assimilação e o universalismo. Neste modelo de sociedade, de integração através da universalização das condutas, é preconizado um ideal de democracia assente no individualismo e na universalidade. A política dos países anglo-saxónicos tende, ao contrário, a reconhecer as diferenças étnicas e raciais, preocupando-se com as relações inter-culturais e inter-étnicas. Num caso, advoga-se a ‘igualdade na diferença’ (modelo inglês), sem qualquer preocupação de homogeneidade. No outro, pretende-se apagar todas as diferenças, com a aceitação da ‘diferença na igualdade’ (modelo francês). O desaparecimento das diferenças aparece como exigência de igualdade (Ibid., p.41).

^{103.} A exemplo, as revoltas que eclodiram nos subúrbios de Paris, alastrando-se às demais cidades de França, puseram à prova o modelo francês. Os atentados que ocorreram no Reino Unido questionaram o modelo inglês. Em ambos os casos se mostraram inadequados à convivência inter-cultural (Ibid., p. 42).

^{104.} PERÉZ-LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos*. Sevilla: Universidad de Sevilla. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142389> >. Acesso em junho de 2016, p. 98.

^{105.} A respeito da relação cultura, política e direito dos democratas e liberais, ver o texto de HESPANHA, António Manuel. Rumos do constitucionalismo no séc. XXI: constitucionalismo, pluralismo e neoliberalismo. In: BARBAS HOMEM, António Pedro (Coord.). *As conferências do Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 09-37.

^{106.} Tais críticas defendem, em síntese, o particularismo e a diferença como virtudes humanas em contraposição à ideia da universalidade, visto esta impedir o florescimento das identidades. A respeito, ver obras como *La diferencia*, de Jean-François Lyotard, e *Contingencia, ironia y solidaridad*, de Richard Rorty. Em síntese, para Lyotard, comunitarista, o particularismo vai de encontro ao universalismo abstrato e racional da modernidade, tendo em vista que a racionalidade e a dignidade manifestam-se no empenho que o sujeito emprega para se destacar de seu grupo. Já para Rorty, liberal, a desvalorização do universal está atrelada a impossibilidade de uma justificação racional para a igualdade. Substitui-se a ideia da obrigação moral universal de respeito à dignidade da pessoa humana pela ideia da lealdade para com um grupo mais amplo (LYOTARD, Jean-François. *La diferencia*. Barcelona: Gedisa, 1996; RORTY, Richard.

O fato é que as sociedades democráticas se confrontam com o multiculturalismo ao mesmo tempo em que enfrentam a necessidade de reconhecimento de direitos culturais iguais para todos. Logo, apesar de todas as ponderações, evidencia-se que a universalidade atribuída aos direitos humanos não nega as diferenças que constituem as variadas possibilidades de manifestação concreta/histórica da existência humana e mesmo das identidades particulares ou comunitárias; pelo contrário, ela reconhece que existem elementos valorativos comuns que podem ser compartilhados por todos os homens, de maneira individual ou coletiva, a ponto de as distintas ações e conceitos que habitam a vida histórica podem configurar a diferença como um valor, acontecimento e característica do universal.¹⁰⁷

Enfim, como bem sintetiza Doglas Cesar Lucas,

“não há como negar a diferença sem negar a humanidade. Por outro lado, não há como sustentar a diferença fora da humanidade. Ou seja, é a humanidade a condição mesma para a diferença. Os direitos humanos, na posição de universais não homogeneizadores, precisam justamente reconhecer a existência de uma moralidade que impõe uma reciprocidade de comportamentos a todos os indivíduos e instituições como condição de possibilidade para serem freadas as diferenças que conduzem à desigualdade excludente ou, mesmo, à homogeneização que inviabiliza o aparecimento das diferenças comuns à humanidade do homem, diferenças que devem ser garantidas por fazerem do homem o que ele é em razão da sua individualidade, mas desde que sejam susceptíveis de uma proteção universal. Afastar a diferença, portanto, é o mesmo que negar as possibilidades de o entendimento humano tratar daquilo que, por sua moralidade, pode ser universalizado”.¹⁰⁸

Em outras palavras, a universalidade dos direitos humanos não é uma proteção abstrata do homem fora da História, da cultura, de sua finitude, e sim, o reconhecimento de reciprocidades que permitem vir à tona o diálogo entres essas diferenças culturais e históricas de vida distintas, e, por conseguinte, a possibilidade de se viver de diferentes maneiras em uma mesma humanidade. Mas, compreender a universalidade na presente fase dos fenômenos da globalização representa compreender como a humanidade irá ultrapassar o nacionalismo e a soberania nacional frente ao mosaico de dificuldades que caracteriza a sociedade contemporânea. O desafio da universalidade requer empenho para se escapar da sedução dos relativismos e resistência para fazer-se universal não um valor entre outros, mas um valor que perante os outros não seja um assim tão estranho.¹⁰⁹

3. A legitimação dos direitos humanos na era intercultural: a moral jurídica como condição da universalidade

O presente capítulo busca detectar, a partir da moralidade jurídica definida por Otfried Höffe, uma proposta que possibilite enfrentar o problema da universalidade dos direitos humanos em uma sociedade de crescente diversidade cultural. Para tanto, inicialmente, e de forma sintética, analisa-se o caráter dos direitos humanos na opinião do referido autor. E, em continuidade, reflete-se sobre a conveniência da moralidade jurídica para tratar desses direitos no contexto de uma agremiação cada vez mais pluralista e globalizada.¹¹⁰

Contingencia, ironia y solidariedade. Barcelona: Paidós, 1991).

¹⁰⁷. A título de elucidação, cita-se o fato de ser possível se universalizar a liberdade de religião sem universalizar uma religião, mas todas em particular e no exato limite do seu alcance, mencionado pelo trazido pelo autor Doglas Cesar Lucas na obra em questão.

¹⁰⁸. LUCAS, Doglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*, 2010, p. 61.

¹⁰⁹. Paul Valadier recita que a universalidade é “um *a priori* segundo o qual o outro não me é assim tão estranho, (...) ou eu não lhe sou assim tão estranho (estrangeiro), que nenhuma comunicação seja possível” (VALADIER, Paul. *A anarquia dos valores. Será o relativismo fatal?* Tradução de Cristina Coelho. Lisboa: Piaget, 1998, p. 184).

¹¹⁰. Entre todas as obras do autor Otfried Höffe, os títulos *A democracia no mundo de hoje* e *Derecho intercultural* destacam-se como referências para a primeira e a segunda parte, respectivamente, deste capítulo.

3.1 O conteúdo moral dos direitos humanos

A comutação¹¹¹ transcendental está voltada a algo genuinamente social. Ao contrário do individualismo teórico-social e do entendimento utilitarista, ela se estende a uma vantagem coletiva que se vincula a vantagem distributiva. Essa vantagem distributiva-coletiva, por sua vez, “não se encontra na dimensão dos interesses triviais, mas provavelmente naquelas condições necessárias do agir humano, indispensáveis tanto para desenvolver e ter interesses triviais quanto para persegui-los”. Dessa forma, independentemente das diferentes necessidades e interesses dos indivíduos, “quando se apresentam condições favoráveis à capacidade de ação ou à subjetividade prática ocorre uma vantagem universal”.¹¹²

Tais condições não são formadas por fatos genéricos empíricos, mas por interesses em níveis logicamente mais elevados, denominados interesses transcendentais. Mencionados interesses

“revelam-se bastante pretensiosos, ao reclamarem validade universal, mas por outro lado, modestos, uma vez que se dão por satisfeitos com uma antropologia mínima: com condições iniciais da capacidade de ação (humana). E em virtude dessa ligação entre exigência e modéstia, eles se prestam a um discurso em tempo de globalização. Como interesses universalmente válidos, eles não só beneficiam aos ocidentais, mas aos indivíduos de toda e qualquer cultura. Como interesses em níveis logicamente mais elevados e como simples condições iniciais, eles escapam àquele perigo temido por um rigoroso relativismo cultural, ou seja, o da uniformidade”.¹¹³

Assim, uma vez que os interesses transcendentais não se encontram na esfera dos interesses triviais, eles se mantêm receptivos à diversidade tanto dos indivíduos quanto dos grupos, bem como à heterogeneidade de culturas e épocas, ao ponto, inclusive, de emanar um direito à diferença¹¹⁴. Ou ainda, ao permitir a coexistência das diferentes culturas, a interculturalidade assegura o reconhecimento do direito à diferença sem corroborar as políticas de segregação e sem promover a perda dos elementos constituidores de cada cultura, possibilitando o diálogo intercultural e a formação de novos consensos. Como afirma Höffe, o interesse transcendental “viabiliza a socialização, tornando-a, ao mesmo tempo, necessária”.¹¹⁵

Todavia, os interesses transcendentais não se fazem suficientes para justificar o poder coercitivo, visto apenas afirmar que todo indivíduo os possuem, sem, contudo, conseguir demonstrar o porque os indivíduos se veem obrigados a lutar por eles. O certo para o autor em comento é que os interesses transcendentais, por vezes, puramente interesses sociais, “são condições das quais nenhum indivíduo pode prescindir, já que são válidas para toda e qualquer forma de vida, e as quais, além disso, por dependerem de uma ação combinada, carecem da socialização”. Além do que, a partir deles chega-se aos direitos do homem, ou simplesmente, direitos humanos.¹¹⁶

Assim, procedentes dos interesses transcendentais, os direitos humanos não se tratam de meras declarações de direitos, mas possuem um caráter pré e supra-estatal, pois dizem respeito à pessoa como tal, às exigências e às renúncias mútuas que o homem precisa reconhecer para poder livremente exercer a sua humanidade.

¹¹¹. Segundo o autor alemão Otfried Höffe, a transmissão de direitos e obrigações, graças a sua reciprocidade, tem o caráter de uma comutação, e, evidentemente, de uma comutação de natureza excepcional, eis que a transmissão não está sujeita a nenhuma restrição de prazo, tem validade permanente, estende-se a compromissos em forma de regulamentos, além do que, não se trata de bens, serviços ou capital, e muito menos uma comutação econômica (HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005).

¹¹². Ibid., p. 57.

¹¹³. Conforme Höffe, dos interesses em grau mais elevado, e, então, das condições de capacidade de ação, é que se chega a um bem maior existente equitativamente para todos os indivíduos, e, por conseguinte, a direitos do

homem ou, simplesmente, a direitos humanos (Ibid., pp. 57-58; 65).

¹¹⁴. À primeira vista o direito à diferença parece paradoxal: princípios de justiça justificáveis interculturalmente desfrutam de uma abertura cultural, e princípios universais gozam de uma forma particular. Contudo, na verdade, ele suprime a contradição. A diferenciação estabelece um elo entre pontos comuns relativamente fracos na esfera global e claras diferenças nas áreas regional e local. A respeito, sugere-se a leitura dos capítulos 4.1 e 10.1 da obra *A democracia no mundo de hoje*, de Höffe.

¹¹⁵. HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*, 2005, p. 58.

¹¹⁶. Ibid., pp. 58; 65.

“Os direitos humanos são inerentes ao homem simplesmente por ser pessoa. A condição humana só se faz presente à medida que os direitos humanos sejam constitutivos da existência do homem, como exigência intrínseca do processo civilizatório, uma vez que é a partir do reconhecimento desses direitos é que é possível pensar o homem como ser livre”.¹¹⁷

Ademais, antes de serem positivados, os direitos humanos assumem uma posição moral que resulta do “dever de reconhecimento que as pessoas se devem umas às outras”.¹¹⁸ Isto é, na qualidade de direitos morais, os direitos humanos não dependem, no que se refere ao seu reconhecimento, de qualquer fator social, cultural ou político, eis que são direitos que os participantes de uma comunidade jurídica se devem reciprocamente e que o Estado, subsidiariamente, deve a todas as pessoas indistintamente. Enquanto exigências internas da moral, os direitos humanos são pretensões suprapositivas que, ao serem reconhecidas legalmente, passam a integrar o rol dos direitos fundamentais.¹¹⁹

Desse dever de respeitar um conjunto de obrigações recíprocas, assumido, indistintamente, por todos os indivíduos, cria-se uma vantagem comum, irrenunciável e, por conseguinte, de relevância

transcendental em relação ao ser humano. Pode-se dizer que os indivíduos ao garantirem a reciprocidade dos direitos humanos como uma forma de reconhecimento transcendental dos mesmos, passam a dever-se mutuamente como condição de possibilidade da própria existência humana enquanto tal.¹²⁰

Contudo, ao evocarem interesses transcendentais ou antropológicos e uma reciprocidade inerente, deparam-se com noções humanas relativas do ponto de vista cultural e dão-se conta de que os direitos humanos podem satisfazer a pretensão de validade intercultural de ditas nações.¹²¹ E, então, o conteúdo moral dos direitos humanos já não é suficiente para lhes garantir a universalidade; faz-se necessária a possibilidade de serem juridicamente válidos para além das ordens jurídicas nacionais.¹²²

Até porque não há um direito sem o dever de respeitá-lo, bem como não há dever sem a possibilidade de coerção. O consentimento fático e/ou empírico-pragmático, mesmo o dos mais fortes, não justifica um dever, nem o imperativo de estabelecer o direito. “O dever somente se legitima a partir da reciprocidade

¹¹⁷. MOREIRA, Luiz. Direitos humanos: a proposta transcendental de Otfried Höffe. In: *Síntese — Revista de filosofia*. V. 29, n. 93, 2002, p. 36.

¹¹⁸. Ibid., p. 37.

¹¹⁹. LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*, 2010, p. 79. A respeito da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, para Otfried Höffe, consiste em que o primeiro é anterior ao segundo, isto é, que os direitos humanos se situam como ancestrais ao Estado, sendo assim, pré-estatal, ao passo que os direitos fundamentais culminam com o monopólio estatal da força. Nesse ponto, ou mais exatamente no caráter de anterioridade dos direitos humanos frente aos direitos fundamentais e, portanto, também frente ao Estado, é preciso esclarecer que não se trata de uma anterioridade histórica, e sim lógica e conceitual. Assim, a origem pré e supra-estatal dos direitos humanos de modo algum diz respeito somente a uma primazia histórica ou genética, mas detém também uma prioridade normativa e constitui-se como dimensão deontológica, e que exatamente por isso obriga o Estado (MOREIRA, Luiz. Direitos humanos: a proposta transcendental de Otfried Höffe, 2002, pp. 35-47)

¹²⁰. Ressalta-se, entretanto, que embora se tenha direitos humanos decorrentes de deveres humanos recíprocos, não outorgados pelo Estado, não se afasta a possibilidade/necessidade de, secundariamente, o Estado cumprir a função de protegê-los. A necessidade de se universalizar faz de cada indivíduo um sujeito responsável pelo reconhecimento de tais direitos. Em contrapartida, reconhece-se ser melhor para todos que a responsabilidade por eles não seja uma atribuição individual, e sim uma tarefa assumida pelo poder público, que deverá identificar a sua suprapositividade e seu imperativo jurídico universal. Nesse sentido, confira a obra HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹²¹. HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*, 2005.

¹²². Habermas refere que o “conceito de direitos humanos é de origem moral, mas também uma manifestação específica do conceito moderno de direitos subjetivos. Os direitos humanos são já a partir de sua natureza jurídica. O que lhes confere a aparência de direitos morais não é seu conteúdo, nem menos ainda sua estrutura, mas um sentido validativo que aponta para além das ordens jurídicas características dos Estados nacionais” (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 214).

presente na comutação transcendental, caracteriza-da, por essa razão, como reciprocidade universal”.¹²³

3.2 A moralidade jurídica dos direitos humanos como imperativo universal

Dentre as inúmeras tentativas de valorização jurídica da moralidade dos direitos humanos, tudo indica que a proposta transcendental sustentada por Otfried Höffe seja a mais apropriada para tratar do tema no atual contexto de multiculturalismo e globalização. Persuadido pela teoria kantiana, o autor alemão promove uma aproximação, só que, no entanto, racional, entre o Direito e a moral. Ele propõe, ao invés dos ceticismos epistemológicos do debate jurídico, que transformou a moral um estranho ao Direito, uma relação de correspondência recíproca entre os dois elementos, a qual julga imprescindível para se fundamentar a cultura universal dos direitos do homem. E ainda, embora perfilhe essa relação de correspondência, não faz confundir o Direito com a moral, e sim, aponta-os como elementos constituidores daquilo que denominou de moral jurídica.¹²⁴

Por moral jurídica, Höffe entende uma moral que pode ser exigida legalmente, que potencializa não apenas uma expectativa, um desejo, mas sobretudo um direito subjetivo de exigí-la. Tão logo, ela não se reduz às modalidades brandas de punição, às modalidades de sanção exclusivamente morais — uma reação de protesto e uma indignação contra um conjunto de situações que precisam ser modificadas —, mas às sanções tipicamente jurídicas — uma espécie de sanção positiva por parte do Direito. Chega-se a dizer que a “moral jurídica submete todo o ordenamento jurídico positivo a uma pretensão moral, a qual na

medida em que é admitida, o caracteriza como legítimo ou justo¹²⁵ e, no caso de ser rechaçado ou inclusive ‘desobedecido’, de injusto”.¹²⁶

Essa exigência moral, a nível de democracia e direitos humanos¹²⁷, ainda não encontrou solo fértil em todas as nações contemporâneas do planeta. Isso porque a expansão de tais elementos está diretamente associada à atuação estatal e à realidade cultural e econômica de cada Estado, sendo atendida em diferentes medidas, nos diversos países, a fim de alcançar o grau de satisfação de cada comunidade.¹²⁸

¹²³. HÖFFE, Otfried, op. cit., p. 64.

¹²⁴. Ao tratar do assunto, Höffe retoma a questão da Filosofia moral e jurídica, a qual se consagrou em apenas separar a moral em sentido positivo, que versa sobre a ideia de ética, dos costumes e dos usos, da moral em sentido crítico, que retrata as obrigações supremas não negociáveis, e ambas do Direito. E, nesse contexto lembra que a moral do Direito corresponde a uma variação dentro da moral crítica, ao ponto que a moral jurídica representa àquela parte da moral crítica “cujo reconhecimento se devem as pessoas reciprocamente” (HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*. Traducción de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 51).

¹²⁵. A respeito do problema dos valores no direito e na elaboração de um conceito de justiça, cabível as lições de Kelsen: “Se existe algo que a história do conhecimento humano nos pode ensinar é como têm sido vãos os esforços para encontrar, por meios racionais, uma norma absolutamente válida de comportamento justo, ou seja, uma norma que exclua a possibilidade de também considerar o comportamento contrário como justo. Se podemos apreender algo da experiência espiritual do passado é o fato de que a razão humana só consegue compreender valores relativos” (KELSEN, Hans. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 23).

¹²⁶. HÖFFE, Otfried, op. cit., p. 54.

¹²⁷. De acordo com Höffe, a exigência da moral jurídica apresenta-se elaborada em três níveis. O primeiro destaca a moral como instituidora e legitimadora da forma jurídica de convivência, isto é, por necessidade racional, a relação entre os indivíduos e, de um modo geral, a vida em comunidade deve ser conformada pelo Direito. O segundo nível reconhece a moral jurídica como determinante do modo inarredável como a forma jurídica deve ser respeitada, qual seja, de que todas as pessoas devem ser tratadas de acordo com as normas, com igualdade. O terceiro nível é o abordado, vez que remete aos direitos humanos. Ao passo que os dois primeiros níveis garantem um mínimo de moral jurídica e definem a estrutura constituidora do Direito, o terceiro apresenta uma riqueza substancial e uma ampliação das pretensões a serem protegidas pelo poder coativo. Assim, pode-se dizer que o terceiro nível refere-se a um conjunto de escolhas e de valores individuais e sociais que deverão ser garantidos materialmente e introduzidos nas formalidades e nos procedimentos que são objeto dos dois primeiros níveis comentados. A respeito, ver a obra *Derecho intercultural*, de Höffe.

¹²⁸. Em face dessas discrepâncias, Höffe, para perceber o grau de moralidade legitimadora de uma determinada ordem social, apresenta também três níveis parciais do terceiro nível: “os direitos humanos como direitos de liberdade, a democracia como os direitos de coestação por ela definidos, e uma porcentagem de direitos humanos de caráter político e social”. E concluiu que será considerado uma organização plenamente legítima do

A propósito, é de se notar que a moralidade jurídica, uma vez que deposita sua capacidade exclusivamente na razão universal e nas experiências de toda a humanidade, não se trata de uma categoria condicionada e/ou dependente de relativismos culturais e históricos, sujeita a valores particulares de países ou culturas influentes. Pelo contrário, ao se ater a estes dois fatores, da combinação da razão universal com a experiência sustentada na condição humana igualmente universal, pode reclamar com toda a razão a categoria de universal.¹²⁹

Pode-se dizer, então, que a moralidade jurídica na qualidade de imperativo universal representa o reconhecimento de reciprocidades indispensáveis para garantir a livre manifestação do gênero humano. Ou seja, trata-se de um imperativo universal, pois reconhece as mutualidades que obrigam o ser humano perante o outro, potencializa e viabiliza o homem em sua própria humanidade, garante ao homem o direito de conduzir sua ação sem prejudicar a ação de qualquer outro, enfim, deposita na simples condição de ser humano a definição das necessidades e do reconhecimento dos direitos entendidos como indispensáveis para a manifestação livre da natureza humana.¹³⁰ A moral jurídica, assim, compõe aquilo que pode ser universalizado, que é fundamental para a afirmação do homem como tal, o que de modo algum nega as diferenças no campo do não universal.

Os direitos humanos, por sua vez, compõem o rol dos direitos indispensáveis para garantir as condições universais de coexistência da liberdade, razão pela qual não podem ficar reféns das variações e particularismos histórico-culturais. A sociedade está cada vez mais complexa e precisa estabelecer padrões mínimos de convivência, sem, no entanto, negar as diferenças que constituem a identidade de cada povo, o que torna indispensável uma legitimação dos direitos humanos capaz operar de forma globalizada, mutua e

universal, sobre as mais diferentes culturas e épocas, sob pena de proliferar e sustentar autoritarismos locais.

Desse modo, Höffe propõe como fundamento da universalidade dos direitos humanos e da democracia o interculturalismo, o qual se sustenta no reconhecimento mútuo de determinadas obrigações consideradas como indispensáveis para a continuidade da vida humana em sua individualidade ou coletividade.¹³¹ E como bem coloca Lucas,

“a universalidade presente na moralidade jurídica dos direitos humanos, como se referiu, não nega a importância histórica das diferentes culturas, bem como não elege uma orientação cultural dominante. Numa direção contrária ao relativismo de todas as ordens, poderá contribuir para restabelecer as bases de um diálogo intercultural que não se confunde com o multiculturalismo sem restrições, sustentado em visões de mundo que forjam sua validade pela exclusiva razão de pertencerem a uma cultura específica”.¹³²

A partir do momento em que cada país tem a sua história, a sociedade global torna-se um mosaico de diferenças no que diz respeito à capacidade, aos limites e às expectativas de cada cultura acerca do seu processo de desenvolvimento e emancipação. Por conseguinte, impõe-se à moralidade jurídica dos direitos humanos e da democracia¹³³ a tarefa de estabelecer as diferenças e sistematizar decisões comuns, sem, contudo, negar as divergências a ponto de

ponto de vista moral apenas aquele Estado que preencher a condição necessária para a afirmação dos direitos humanos, qual seja, reconhecer as formas jurídicas de convivência, que sustenta a igualdade perante a lei e que defende os direitos de liberdade, a democracia e o Estado social (HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*, 2000, p. 55).

¹²⁹. Ibid., pp. ss.

¹³⁰. LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*, 2010.

¹³¹. Na mesma linha Höffe lembra que apenas uma moral jurídica exigível de todos os seres humanos, independentemente de época ou de regime político, permite que se desenvolva um arcabouço teórico capaz de avaliar a legitimidade da sociabilidade e das práticas reais dos indivíduos e das instituições que afetam a existência humana em sua singularidade (HÖFFE, Otfried. *Derecho intercultural*, 2000).

¹³². LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*, 2010, p. 92.

¹³³. Para Lucas, a moralidade jurídica dos direitos humanos como condição de sua universalidade propõe um consenso que não está sujeito a toda e qualquer orientação valorativa, mas precisa indicar regras comuns de convivência e respeito aos direitos e, sobretudo, exigir do homem o reconhecimento de uma humanidade que lhe é inerente e independente de relativismos e particularidades de qualquer ordem (Ibid., pp. ss.).

comprometer o diálogo intercultural, que, no mundo contemporâneo globalizado e universal, pode vir a ser forma de se organizar a vida em humanidade.¹³⁴

4. A proteção da universalidade dos direitos humanos: a cidadania pós-nacional como fomento do debate intercultural

O ponto em questão pretende demonstrar a necessidade de substituição da noção clássica de cidadania por uma proposta de ações cosmopolitas, a qual deve favorecer a globalidade e a universalidade dos direitos humanos independentemente de qualquer sentimento de pertença. Para tanto, primeiramente, analisa-se a precaridade do paradigma nacionalista de cidadania para responder aos acontecimentos globais no campo da diversidade cultural, da economia, da tecnologia, do meio ambiente e etc.; e, dando prosseguimento, procura-se defender a concepção de cidadania dissociada da ideia de nacionalidade ou de comunidade particular de cultura como possível representante para a convivência pacífica entre os Estados.

4.1 Os direitos humanos e os limites da concepção nacionalista

A configuração nacionalista de consciência e pertença está diretamente associada à figura de Estado territorial desenvolvida na segunda metade do século XV. Isso porque com consolidação do Estado-nação, “a conformação jurídica da cidadania nacional formatou praticamente todas as relações entre os indivíduos e o poder político, tornando-se a mais importante

referência geradora de pertença e de proteção dos direitos do homem por parte do Estado”.¹³⁵ A perspectiva nacionalista da cidadania passou a retratar a forma mais institucional de pertencer à determinada comunidade, bem como o limite de diferenciação em relação aos não nacionais, e, a partir dessas demarcações imaginárias, estabeleceu uma redução daquelas complexidades internas que precisavam ser governadas e agrupadas a uma mesma maneira de pertencer a um só lugar.¹³⁶

Também não é de se estranhar que o surgimento do Estado moderno seja confundido com o aparecimento da própria ideia de direitos humanos, pois com a modernidade ocorre o processo de positivação dos direitos civis e políticos¹³⁷, o fundamento jusna-

¹³⁵. LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*, 2010, p. 98.

¹³⁶. É preciso ter em conta que a noção de cidadania cultivada pelos modernos deve ser pensada como decorrência inevitável da manifestação da soberania estatal. Essa relação entre cidadania e soberania é bem clara nos teóricos da época, tais como Bodin, Hobbes, Pufendorf, Rousseau. Para Jean Bodin, a cidadania tinha como fundamento a relação de sujeição pessoal de cada indivíduo ao soberano; já Hobbes demonstra uma valorização da individualidade, o que torna a obediência devida por aqueles reconhecidos iguais pela autoridade estatal; um pensamento mais revolucionário é o de Pufendorf, ao reconhecer que o indivíduo deve obediência pelo fato de ter contribuído para o consenso que possibilitou a convivência em comunidade, permitindo a aparecimento da figura do cidadão; por fim, Rousseau repudia as restrições do alcance de cidadania ao defender sua ampliação a todos os membros do povo que aderissem ao pacto, independentemente de hierarquia ou status social (DAL RI JUNIOR, Arno. *Evolução histórica e fundamentos político-jurídicos da cidadania*. In: DAL RI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (Orgs.). *Cidadania e nacionalidade*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002).

¹³⁷. A positivação dos direitos ocorrida no século XVIII resta comprovada na Declaração de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 e na Declaração Francesa de 1789. E de acordo com Barbas Homem, a “metodologia de redação das leis sofre transformações decisivas e a modernidade da ‘ciência da legislação’ é uma etapa fundamental da Idade Contemporânea — ainda hoje somos herdeiros de uma técnica normativa que foi definida na primeira metade do século XIX pela ciência do direito do liberalismo. Uma técnica normativa de perfil liberal, mas assente na convicção da função prescritiva do direito positivo: os direitos naturais declaram-se; os direitos positivos prescrevem ou constituem-se” (BARBAS HOMEM, António Pedro. *Do Direito natural aos Direitos do homem*.

¹³⁴. A propósito, os problemas que afetam o mundo como um todo buscam respostas e alternativas que ecoam da identificação exclusiva dos direitos humanos com a figura do Estado-nação. Os desafios globais que a sociedade contemporânea precisa enfrentar exigem uma cidadania que promova novos acessos, sem, contudo, ignorar a importância da percepção das diferenças na proteção daquilo que é universal. É a participação do cidadão nesse quadro de dificuldades, ainda pouco dimensionado, o objeto de análise do tópico seguinte.

turalista dos direitos é alterado por uma perspectiva positivista, possibilitando um ajustamento jurídico da cidadania com a nação. Ou, pode-se dizer que o processo de positivação legalizou a abrangência e os limites dos direitos humanos, ao mesmo tempo que descartou a exigência moral como condição do reconhecimento.¹³⁸

No entanto, essa identificação exclusiva dos direitos humanos com a figura do Estado-nação, apesar de ter propiciado a positivação jurídica desses mesmos direitos, garantindo assim, o seu reconhecimento e a sua proteção, já não se faz suficiente frente aos problemas globais e multiculturais que brotam e proliferam na sociedade contemporânea.¹³⁹ Igualmente inaceitável, no atual cenário de multiculturalismo, aquela relação entre a cidadania e nacionalidade que promove, por meio de políticas de purificação étnicas, a uniformização social e cultural, pois um Estado-nação homogêneo implica na recusa do reconhecimento ao direito das minorias culturais.¹⁴⁰

Inobstante a cidadania nacional possibilitar uma identidade institucional que vincula o indivíduo a uma estrutura política e jurídica, o advento das novas formas de produção de sociabilidade decorrentes da globalização afetou a capacidade monopolística

do Estado de decidir sobre assuntos tidos como de ordem soberana. A comunidade de cidadãos pensada, segundo o modelo do Estado-nação, de forma homogênea, aparece por toda a parte como heterogênea, desestabilizando o modelo westfaliano de relações internacionais, assentado nos princípios da soberania, territorialidade, autonomia e efetividade.¹⁴¹

“Uma cidadania que não consegue tratar os eventos na dimensão espacial e substancial não excludente que uma proposta de direitos humanos exige, tenderá a ser indiferente com o externo”.¹⁴² Pois é justamente isso — a possibilidade de negar a igualdade do homem independentemente de sua afirmação nacional, étnica ou religiosa — que afeta ainda mais a efetivação da cidadania quando os eventos que influenciam a realidade nacional não conseguem ser resolvidos pela burocracia decisória.

Pode-se dizer, ainda, os problemas que ultrapassam a ideia de nação¹⁴³ colocam em risco não somente a institucionalidade das formas e procedimentos modernos, como a própria substancialidade da modernidade. Com efeito, para Zygmunt Bauman¹⁴⁴, “o significado mais profundo transmitido pela ideia da globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais”. É uma ideia de “nova desordem mundial”.

Essa conjuntura, de semelhanças e diferenças de modos de vida, de concepções, de representações, e, por conseguinte, de reivindicações identitárias,

In: BARBAS HOMEM, António Pedro; BRANDÃO, Cláudio (Orgs.). *Do Direito natural aos Direitos humanos*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 82).

¹³⁸. Nessa linha, Moncada acrescenta que o direito das gentes, a partir do momento em que foi construído de partes, isto é, dos Estados, para o todo de uma vaga e precária comunidade internacional, deixou de ser constituído por uma ideia universal de direito. Tal fato gera ao direito internacional uma concepção individualista, nominalista e estatista, hoje gravemente em crise (MONCADA, Luís Cabral de. *Estudos de filosofia do Direito e do Estado*, Vol. II, 2004, pp. 203 e ss).

¹³⁹. Hannah Arendt aponta, inclusive, que a identificação dos direitos humanos com o Estado-nação impediu, no século XIX, que os direitos estendidos aos nacionais fossem igualmente reconhecidos aos estrangeiros e apátridas (ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006).

¹⁴⁰. Observa-se um paradoxo na missão nacionalista: se, por um lado, defende a elaboração de uma cultura dominante e um governo social que exprima uma vontade comum eficaz; pelo outro, aparece como protetora do pluralismo cultural e social e da descentralização política. Requer, ao mesmo tempo, mais cidadania e mais Estado.

¹⁴¹. A respeito do tema consultar o capítulo “Será possível um verdadeiro direito internacional?”, da obra *Estudos de filosofia do Direito e do Estado*, Vol. II, de Moncada. Também trata do assunto a obra BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

¹⁴². LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*, 2010, p. 117.

¹⁴³. A exemplo, o crime internacional, o terrorismo, os danos ambientais, a fome, as guerras e a paz, são desafios impossíveis de serem respondidos pela dinâmica nacionalista, e que sugerem o diálogo entre a igualdade e a diferença como necessário e desejável para se evitar soluções imperialistas.

¹⁴⁴. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 67. Nesse sentido ver também a obra do mesmo autor: *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

criada pela globalização, impõe ao Estado o desafio de afirmar a multinacionalidade como aposta na diversidade, ou seja, de uma política que transcenda os diversos pluralismos sem rejeitar as identificações culturais de base local. Nessa linha, Fernandes posiciona que o

“desenvolvimento do cosmopolitismo faz surgir a necessidade do aparecimento de regimes políticos de alcance mais vasto sem democracia, baseados num diferente modelo emergente de legitimidade, ou seja, nos direitos humanos e não na legitimidade própria das actuais democracias nacionais. Parece emergir uma auto-legitimação pelos direitos humanos, com a substituição de uma legitimidade não lógica do sufrágio pela legitimidade lógica dos direitos humanos. O processo é promovido pela consagração, na ordem jurídica internacional, de importantes direitos dos cidadãos. O direito cosmopolita, transaccional, é susceptível de criar condições de autonomia e de protecção da liberdade em novas configurações regionais ou globais”.¹⁴⁵

Surge, assim, a ideia de cidadania para além do Estado-nação. Uma cidadania fundamentada no direito das pessoas, independentemente de serem nacionais, estrangeiros ou apátridas¹⁴⁶, na universalidade dos direitos humanos e no imperativo de encontrar e alcançar soluções democráticas, dialogadas, legítimas para as demandas globais. Concomitante, a ideia de direitos humanos assume “uma importância acrescida quando se considera a necessidade de encontrar um fundamento de legitimidade para as formações políticas de carácter supranacional”.¹⁴⁷

¹⁴⁵. FERNANDES, António Teixeira. *Cidadania e direitos humanos*, 2010, p. 44.

¹⁴⁶. Hannah Arendt propõe, nesse sentido, para além das limitações de uma cidadania de cunho formal, o desafio de se pensar uma forma política de reconquista da cidadania pelos cidadãos, visto defender que somente mediante essa politização da cidadania é possível alcançar a efectivação dos direitos humanos. Tem a cidadania como a prerrogativa política do direito a ter direitos (entre as obras de Hannah Arendt, indica-se *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008; e *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006).

¹⁴⁷. Explica Fernandes, “Tem-se vindo a construir uma sociedade mundial, enquanto sociedade sem Estado e sem governo mundiais. Nessa sociedade, agem actores trans-

4.2 Reconceituando cidadania: por uma cultura político-jurídica de responsabilidades comuns

Os Estados já não são mais capazes de garantir, de forma autónoma e soberana, a prevalência dos projectos nacionais sobre a ordem internacional dos acontecimentos económicos, políticos, culturais, religiosos. Sua soberania já não é suficiente para enfrentar de maneira mais apropriada os problemas que afetam a humanidade como um todo e, especialmente para fomentar uma cultura político-jurídica transaccional de direitos humanos.¹⁴⁸ “Muitos problemas (neste início de século) não podem mais ser tratados através de uma simples referência aos Estados sem mencionar os vínculos que passam a unir as diferentes partes do globo terrestre”.¹⁴⁹

nacionais muito diversos, governamentais e não governamentais, actores que carecem de legitimidade democrática. Um movimento, de certo modo antagónico, se afirma no sentido da afirmação de mais democracia e no sentido de formações políticas com défice de democracia. A essas formações de índole supranacional, não se aplicam os procedimentos democráticos próprios do Estado-nação” (Fernandes, António Teixeira, op. cit., p. 44).

¹⁴⁸. Chega-se a falar que há uma crise do princípio da soberania nacional, princípio esse basilar do Estado Democrático de Direito, e, conseqüentemente, uma forte redução da importância das forças sociais internas no que se refere à organização e às diretrizes do poder estatal. Ou, ainda, que o capital assumiu as rédeas das relações político-sociais. Nesse sentido, bem coloca Bedin que “o neoliberalismo representa, seja como proposta teórica seja como experiência concreta, uma grande ameaça aos direitos do homem, em especial aos direitos económicos e sociais”. Isso porque o esforço neoliberal persiste em preservar a antiga dicotomia público/privado como uma separação radical entre o político e o económico. Ademais, o próprio sistema cria resistência em redimensionar as suas esferas — ambiente, economia/sociedade, cultura e sistema de governo/ democracia — a considerá-las como pressupostos de seu planeamento e função, e acaba por fomentar um pensamento de primazia de uma esfera sobre a outra, ao invés de uma rede de reciprocidade de ações (BEDIN, Gilmar Antonio. *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. 2.ed. Ijuí: Unijuí, 1997, p. 80). E Corrêa complementa “se continuarmos colocando o público como a esfera do político-estatal em oposição ao privado como a esfera das relações económicas, não conseguiremos esclarecer suficientemente as implicações e contradições presentes nos discursos dos direitos humanos e da cidadania” (CORRÊA, Darcísio. *A Construção da Cidadania: reflexões histórico-políticas*. 3ª ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002, p. 226).

¹⁴⁹. ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. *Pensamento Sistemico-Complexo na Transna-*

Desta forma, se há problemas no mundo que já não são solucionáveis pela perspectiva do Estado-nação, também o paradigma nacionalista da cidadania se mostra frágil para apresentar soluções a esses mesmos problemas. Como alerta Moraes¹⁵⁰, “não basta sermos cidadãos da própria comunidade política. Há cidadanias múltiplas e diversas que se exercem em locais, sob formas e conceitos variados”.

Corroborando a ideia, Lucas¹⁵¹ afirma que uma cidadania que se satisfaz na soberania nacional, por óbvio, não sustenta a racionalidade das demandas globais, bem como dificulta a possibilidade de a humanidade enfrentar democraticamente os problemas que afligem o homem em sua condição de exercer de forma livre a sua autonomia por meio da liberdade de decidir. A cidadania amortizada a termos jurídicos nacionais resta contraproducente ao universalismo dos direitos humanos e, ainda, um privilégio gerador de discriminação.

Assim, o quadro contemporâneo da dinâmica nacionalista clama por uma mudança de consciência e de atitude — uma cidadania para além do Estado-nação. Isso significa que essa nova concepção de cidadania deva ser dissociada da ideia de nacionalidade ou da comunidade particular de cultura, e exige a afirmação de espaços democráticos que sejam capazes de estimular o encontro entre as diversas vozes preocupadas com os problemas que ultrapassam a eficácia do Estado-nação. Não há como compreender a realidade sem proposições de caráter multifacetado, contemplando os diferentes vértices da gestão, do conhecimento e da realidade social.

Segundo as orientações de Carvalhais¹⁵², uma cidadania, nesses moldes,

cionalização Ecológica. In: ARAUJO, Luiz Ernani Boneso de; VIEIRA, João Telmo (Orgs.). *Ecodireito: o Direito Ambiental numa perspectiva sistêmico-complexa*. Santa Cruz: Edunisc, 2007, p. 63.

¹⁵⁰. MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹⁵¹. Lucas recorre ao pensamento do autor Luigi Ferrajoli que sintetiza a ideia da cidadania nacional como “a última relíquia pré-moderna das diferenciações por *status*...” (LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*, 2010, p. 122).

¹⁵². CARVALHAIS, Isabel Estrada. *Os desafios da cidadania pós-nacional*. Porto: Edições Afrontamento, 2004, p. 204.

“não rejeita o Estado e nem advoga o fim da fronteira. Apenas defende que a definição desta não deve fundamentar-se na nacionalidade, mas sim na função da dialética que cada grupo e indivíduo deseja voluntariamente desenvolver com a sociedade e o Estado em que reside. Neste sentido, na pós-nacionalidade continuarão a existir incluídos e excluídos dentro de qualquer Estado, mas deste feita numa plataforma democrática de consentimento e flexibilidade”.

A nova modalidade de cidadania, para além do Estado-nação, deve construir novos espaços de participação política, nova compreensão de pertencimento, e valorizar o local de produção de identidade nacional não como espaço corporativo e excludente, mas como local inserido no mundo global. Em outras palavras, é preciso um novo conceito de cidadania capaz de obrigar os Estados a respeitarem os direitos humanos não apenas como um projeto jurídico nacional, mas em razão de serem direitos que podem proporcionar sentido ao local perante a globalidade porque identifica a humanidade comum em cada experiência histórica particular.

O novo conceito de cidadania do mundo, então, para ser dotada do caráter substantivo, e não apenas um caráter puramente retórico, exige como base o reconhecimento e a garantia dos direitos humanos universais¹⁵³ — esses direitos definem a amplitude da cidadania —, a democracia e a paz. A justificar, Bobbio¹⁵⁴ esclarece a relação dos três elementos: “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.

Seguindo a orientação, Fernandes¹⁵⁵ aponta que “a crescente extensão dos direitos humanos reconfigura as modalidades de vivência de cidadania activa. Esta, por sua vez, define a qualidade da democracia”. E o autor complementa que a plenitude da sociedade global depende de todo o homem ser cada vez mais

¹⁵³. Conforme Barbas Homem, a proposta de codificação dos deveres fundamentais, no plano nacional e internacional, tem vindo a ser apresentado como alternativa ao *empobrecimento do discurso político* (BARBAS HOMEM, António Pedro. *Do Direito natural aos Direitos do homem*, 2015, p. 105).

¹⁵⁴. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 1992, p. 01.

¹⁵⁵. FERNANDES, António Teixeira. *Cidadania e direitos humanos*, 2010, pp. 65 e 81.

homem e toda região cada vez mais ela mesma. Sendo assim, a reconstrução do Estado mediante o ideal dos direitos do homem “deve ir no sentido, não do apagamento das singularidades, como procedimento para se construir a unidade, mas do reconhecimento das particularidades posta na base da formação do Estado”.¹⁵⁶

Apesar de reconhecida a dificuldade da integração imediata homem-mundo, o cidadão, se não conseguir interconectar com acontecimentos que constituem a sociedade global e que impactam direta ou indiretamente toda e qualquer localidade do planeta, tenderá a não reconhecer o diferente ao seu contorno nacionalista. Ele precisa reinventar-se fora da nacionalidade para construir entendimentos e diálogos fundamentados na prevalência do homem enquanto tal, seja pela peculiar diferença que o caracteriza, seja pela identidade que o aproxima. Esse contato é indispensável numa sociedade sustentada no reconhecimento recíproco dos direitos humanos, não limitada pela ideia de pátria, raça, sexo religião.

Nenhum tema que afete a humanidade como um todo pode ser estranho à participação política das múltiplas identidades que constituem o mapa de pertencas na sociedade contemporânea. Por conseguinte,

“uma cidadania que se basta na nacionalidade é, para os tempos atuais, uma cidadania que reduz o homem, que impede acessos, que radicaliza a diferença como desigualdade, que evita a hostilidade, que isola e que impossibilita os enfrentamentos e os diálogos necessários para as tomadas de decisão em torno de interesses comuns”.¹⁵⁷

^{156.} Nesse pensamento de ideal dos direitos do homem, Santos propõe uma redefinição dos direitos humanos como multiculturais. Para ele, os direitos humanos, enquanto universais, tendem sempre a ser um instrumento de choque de civilizações, uma vez que a sua abrangência global será obtida à custa da sua legitimidade local; já como multiculturais, conseguem manter um equilíbrio entre a competência global e a legitimidade local e, assim, alcançar um conjunto vasto e heterogêneo de iniciativas e movimentos contra a exclusão e a discriminação sociais (SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pp. 239-277).

^{157.} LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*, 2010, p. 131.

A cidadania, assim, tanto mais será efetiva quanto mais os indivíduos tomarem consciência de suas particularidades, mas, sobretudo, de sua humanidade comum. Na medida em que se fortalecem os contatos com outros indivíduos que apresentam as mesmas necessidades de identificação cultural, ora na qualidade de cidadãos do mundo, ora na qualidade de membros da sua comunidade, os homens poderão realizar diálogos¹⁵⁸ por reconhecer-se no outro, e ter-se-á, então, a interculturalidade e a aproximação das diferenças.¹⁵⁹

Cabe aqui a reflexão que, num futuro próximo, a mais plausível das hipóteses seja a unidade, assegurada por um universo consolidado, sistematizado por todas as formas possíveis de conceber, e que satisfaça o relativismo com o universo do senso comum. Até lá, porém, convive-se com a hipótese contrária de um mundo imperfeitamente reduzido à unidade.¹⁶⁰

5. Considerações finais

As perspectivas tradicionais dos direitos humanos restringiram seu alcance ao território de um Estado e ao instituído no seu respectivo ordenamento jurídico. Dessa forma percebidos, os direitos humanos limitaram-se a uma agenda de preocupações nacionais importantes, no entanto, sem potencialidade para, no atual mosaico de diferenças culturais, econômicas, políticas e religiosas, reconhecer no homem como tal — indiferentemente de vínculos de pertença e identidade — o fundamento e a razão motivadora de

^{158.} Leff, nos seus ensinamentos dispõe que a “relação por excelência é um diálogo entre seres, que é um diálogo de saberes, sempre que o ‘ser ali’ constitui-se em identidade com o saber” (LEFF, Henrique. *Aventuras da Epistemologia Ambiental: da articulação das ciências ao diálogo de saberes*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004. pp. 61 e 82).

^{159.} LUCAS, Douglas Cesar, op. cit.

^{160.} Sobre o tema, consultar o capítulo “O novo idealismo”, da obra MERÊA, Paulo. *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*. Lisboa: Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 2004, bem como indicado também o capítulo “Valor e sentido da democracia”, da obra *Estudos de filosofia do Direito e do Estado*, Vol. I., de Moncada.

sua ação político-jurídica, passível de protegê-lo na concepção universal.

Acontece que, diante do paradoxal cenário contemporâneo — por um lado, acontece uma rápida internacionalização das relações, aprofundamento das parcerias políticas e econômicas, trocas socioculturais; por outro, os temas da autonomia e da soberania dos Estados, especialmente jurídicas, carecem de avanços —, o conceito e a autonomia dos direitos humanos já não podem ser ajustados pelo relativismo histórico-cultural, pelos estreitos limites do nacionalismo e nem pelo hermetismo dos dogmas positivistas. Ao contrário, o reconhecimento de tais direitos deve ser estendido para todas as pessoas — inclusive às minorias étnicas e aos estrangeiros — em razão, simplesmente, da sua própria condição humana.

Contudo, isso não quer dizer que a universalidade dos direitos negue a importância da historicidade e da cultura para a afirmação das identidades particulares e do sentimento de pertença, mas sim, que quando fundamentada na humanidade do homem como tal sustenta uma presença moral incondicionada às diferentes formas de manifestação históricas, culturais, sociais, políticas, econômicas e religiosas. Esse aproveitamento da moral como fonte de reconhecimento do homem a partir da sua própria humanidade, no entendimento de Höffe, amplifica o sentido dos direitos humanos, uma vez que consente um vínculo de comunicação do homem para consigo e para com o restante da comunidade, tornando possível a existência de um universalismo com um sentido agudo das diferenças.

Igualmente, isso significa que numa sociedade que se caracteriza pelo aparecimento de problemas transacionais, o paradigma nacional-positivista revela-se insuficiente para proteger o direito dos cidadãos, inclusive aquele mínimo para assegurar a qualidade de vida, como o meio ambiente sadio de condições adequadas de habitação, saúde, lazer, transporte, educação. A cidadania que se basta na nacionalidade é, para os tempos atuais, uma cidadania que reduz o homem, que impede acessos, que radicaliza as diferenças como a desigualdade e que impossibilita os enfrentamentos e os diálogos necessários para as tomadas de decisão em torno de interesses comuns.

A globalização obriga a modificações significativas nas concepções de cidadania, democracia e soberania. O contexto atual clama por uma cidadania para além do Estado-nação, que materializada no direito

das pessoas independentemente das suas nacionalidades, na perspectiva universal dos direitos humanos e no diálogo democrático, seja legítima para solucionar os problemas mundiais, impossíveis de serem respondidos pela dinâmica nacionalista.

Em uma sociedade de muitos acessos, de culturas reclamando intensamente por reconhecimento, de aproximação entre o global e o local, o amparo das diferenças é tão imprescindível quanto à proteção daquilo que é universal no homem. Dessa forma, é mister que se defenda a possibilidade de o homem identificar em si e naqueles que o cercam as características básicas da existência comum e das diferenças que moldam cada um de forma particular.

A universalidade dos direitos humanos, ao permitir o aparecimento e o reconhecimento das diferenças e, portanto, das suas identidades, representa uma referência ética para se discutir a questão dialética entre pluralismo e igualdade em um mundo marcado pelo multiculturalismo, que cada vez mais global, e também, mais local, exige um debate intercultural a fim evitar universalismos e relativismos autoritários. Ou, em outras palavras, os direitos humanos como limite ético para promover o diálogo intercultural, com conteúdo de avaliação moral e jurídica, são capazes de, ante o fenômeno da globalização excludente, a incompetência dos limites nacionalistas e a clamor por uma cultura político-jurídica de caráter universal, permitir que todos os homens, em igualdade de condições, tenham acesso ao mundo com liberdade e dignidade, independentemente dos vínculos históricos e culturais que possuam.

Referências

- ALEXANDRINO, José de Melo. A natureza variável dos direitos humanos: uma perspectiva da dogmática jurídica. In: BARBAS HOMEM, António Pedro; BRANDÃO, Cláudio (Orgs.). *Do direito natural aos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 107-132.
- ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Pensamento Sistêmico-Complexo na Transnacionalização Ecológica. In: ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de; VIEIRA, João Telmo (Orgs.). *Ecodireito: o Direito Ambiental numa perspectiva sistêmico-complexa*. Santa Cruz: EDUNISC, 2007.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- BARBAS HOMEM, António Pedro. Do Direito natural aos Direitos do homem. In: BARBAS HOMEM, António Pedro; BRANDÃO, Cláudio (Orgs.). *Do Direito natural aos Direitos humanos*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 73-105.
- *O justo e o injusto*. Lisboa: AAFDL, 2014.
- BARBAS HOMEM, António Pedro; BRANDÃO, Cláudio (Orgs.). *Do Direito natural aos Direitos humanos*, Coimbra: Almedina, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
- BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.
- *Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo*. 2.ed. Ijuí: Unijuí, 1997.
- CARVALHAIS, Isabel Estrada. *Os desafios da cidadania pós-nacional*. Porto: Edições Afrontamento, 2004.
- CORRÊA, Darcísio. *A Construção da Cidadania: reflexões histórico-políticas*. 3ª ed. Ijuí: Ed. UNIJUI, 2002.
- DAL RI JUNIOR, Arno. Evolução histórica e fundamentos político-jurídicos da cidadania. In: DAL RI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (Orgs.). *Cidadania e nacionalidade*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.
- DE LUCAS, Javier. *Una nota sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos*. (A propósito de la polémica sobre los derechos morales). Biblioteca digital Miguel Cervantes. Disponível em: < <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc5t3x9>>. Acesso em junho de 2016.
- DURKHEIM, Émile. *Lenços de Sociologie*. Biblioteca digital Bibliothèque Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi. Disponível em: < http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/lecons_de_sociologie/Lecons_socio.pdf>. Acesso em maio de 2016.
- FERNANDES, António Teixeira. *Cidadania e direitos humanos*. Porto: António M. Valente, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- *Identities nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1989.

- HESPANHA, António Manuel. Rumos do constitucionalismo no séc. XXI: constitucionalismo, pluralismo e neoliberalismo. In: BARBAS HOMEM, António Pedro (Coord.). *As conferências do Centro de Estudos Judiciários*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 09-37.
- HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Tradução Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- *Derecho intercultural*. Traducción de Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.
 - *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. Tradução de Ernilo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. Direitos humanos e o legado da Revolução Francesa. In: BARBAS HOMEM, António Pedro; BRANDÃO, Cláudio (Orgs.). *Do direito natural aos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 51-71.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- *La universalidad de los derechos humanos*. Un ensayo de fundamentación. Biblioteca digital Universidad de Navarra. Disponível em: < http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:c1ppX9roLQIJ:dadun.unav.edu/bitstream/10171/13673/1/PD_38_01.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em maio de 2016.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?* São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Tradução de Bernardo Leitão e outros. Campinas: Unicamp, 2003.
- LEFF, Henrique. *Aventuras da Epistemologia Ambiental: da articulação das ciências ao diálogo de saberes*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.
- LYOTARD, Jean-François. *La diferencia*. Barcelona: Gedisa, 1996.
- LUCAS, Douglas Cesar. *Direitos humanos e interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.
- MARITAIN, Jacques. *El hombre y el Estado*. Buenos Aires: Club de Lectores, 1984.
- MERÊA, Paulo. *Estudos de filosofia jurídica e de história das doutrinas políticas*. Lisboa: Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 2004.
- MONCADA, Luís Cabral de. *Estudos de filosofia do Direito e do Estado*. Vol. I. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004.
- *Estudos de filosofia do Direito e do Estado*. Vol. II. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- MOREIRA, Luiz. Direitos humanos: a proposta transcendental de Otfried Höffe. In: *Síntese — Revista de filosofia*. V. 29, n. 93, 2002, p. 35-47.
- PERÉZ-LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos*. Sevilla: Universidad de Sevilla. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142389>>. Acesso em junho de 2016, p. 95-110.
- RORTY, Richard. *Contingência, ironia y solidariedade*. Barcelona: Paidós, 1991.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. In: BALDI, Cesar Augusto (Org.). *Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 239-277.
- TUGENDHAT, Ernst. Antropologia como filosofia primeira. In: Oliveira, Nythamar de; Souza, Draiton Gonzaga de (Orgs.). *Hermenêutica e filosofia primeira*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.
- VALADIER, Paul. *A anarquia dos valores. Será o relativismo fatal?* Tradução de Cristina Coelho. Lisboa: Piaget, 1998.

Interpretação das Normas Laborais

Interpretation of labour law standards

Cláudia Rosa Henriques

Doutoranda em Ciências Jurídico-Empresariais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Resumo: O Direito do Trabalho surgiu com o intuito protetivo dos trabalhadores subordinados, sendo o princípio da proteção do trabalhador é o seu paradigma. Derivado do princípio da proteção, o princípio do tratamento mais favorável ou favor laboratoris, assumiu papel relevante desde os primórdios deste ramo do direito, nomeadamente, na interpretação das normas laborais. No entanto, atualmente, é questionada, pela doutrina e pela jurisprudência, a sua atuação enquanto critério geral de interpretação.

Palavras-chave: Direito do Trabalho, interpretação jurídica, normas laborais, princípio da proteção, princípio do tratamento mais favorável

Abstract: Labour Law came about with the protective purpose of subordinate workers, and the principle of worker protection is its paradigm. Derived from the principle of protection, the principle of more favorable treatment or favor laboratoris assumed a relevant role from the beginning of labour law, namely in the interpretation of labour law standards. However, currently, its performance as a general interpretation criterion is questioned by doctrine and jurisprudence.

Keywords: Labour law, legal interpretation, labour law standards, principle of protection, principle of more favorable treatment

1. Introdução

O tema sobre que nos propusemos refletir prende-se com a problemática da interpretação das normas laborais, questão amplamente debatida na doutrina jus-laboralista, para a qual não têm contribuído favoravelmente as oscilações na evolução legislativa.

O direito do trabalho, ramo jurídico de formação relativamente recente, surgiu na sequência da denominada «questão social», como forma de dar resposta às situações de injustiça social que foram surgindo com a massificação do trabalho subordinado industrial. Resultou da constatação da ineficácia do direito civil para resolver os problemas laborais em concreto e para compensar a situação de debilidade económica e jurídica do trabalhador subordinado, sendo este um ramo do direito que surgiu e evoluiu com um intuito protecionista da parte mais fraca da relação laboral, munindo-se de metodologias próprias que lhe permitem garantir uma maior proteção do trabalhador.

O processo de realização do Direito, que ocorre entre a sua comunicação, realizada através das fontes do Direito, e a decisão do caso concreto, implica um conjunto de operações, de entre as quais se destacam a interpretação e a aplicação das suas normas que devem ser processadas de acordo com as regras fixadas pela Ciência Jurídica. Portanto, levanta-se a questão de saber se no Direito do Trabalho, o processo de realização do Direito sofrerá alguma influência por parte do princípio da proteção do trabalhador, ou mais em concreto, por parte do princípio do *favor laboratoris*.

Tendo surgido o princípio do tratamento mais favorável ou *favor laboratoris*, como princípio geral do Direito do Trabalho, de aplicação a vários níveis, nomeadamente ao nível da interpretação dos preceitos laborais, mas também como critério de aplicação destas normas em caso de conflitos de normas, no presente estudo, iremos restringir a nossa reflexão à sua aplicação ao nível da interpretação das normas laborais.

A questão em análise relaciona-se com a eventual existência de um critério de orientação da operação interpretativa das normas laborais segundo o princípio do *favor laboratoris*, reconhecido como recurso metodológico típico do Direito do Trabalho, ao qual vem também associado o princípio *in dubio pro operario*. Será de admitir este princípio do tratamento mais favorável do trabalhador como recurso genérico de interpretação das normas laborais ou bastarão as

regras comuns do artigo 9.º do Código Civil, doravante C.C., para proceder à sua interpretação?

Relativamente ao tema da interpretação das normas laborais, várias fontes laborais poderiam ser analisadas, nomeadamente, a lei, as convenções coletivas e o contrato de trabalho mas, por razões de espaço, limitaremos o nosso estudo à interpretação das normas legais laborais, fazendo apenas uma breve referência à interpretação das convenções coletivas.

Para um melhor enquadramento da temática objeto de estudo, iniciaremos o presente relatório com uma breve resenha histórica sobre o surgimento e evolução do direito do trabalho, ramo do direito que surgiu com intuito protecionista, face à dificuldade e inaptidão das normas de direito civil para responder às necessidades especiais desta relação contratual assente na desigualdade das partes caracterizada pela situação de debilidade económica e jurídica do trabalhador subordinado.

Abordaremos também a evolução do princípio do tratamento mais favorável e das suas especiais aptidões relativamente à interpretação das normas laborais, abordando as posições doutrinárias que têm sido defendidas.

De seguida, tentaremos perceber se as regras comuns de interpretação das normas legais, previstas no artigo 9.º C.C. serão capazes e suficientes para assegurar aquele que, apesar de tudo, ainda é o intuito do direito do trabalho, a proteção do trabalhador enquanto parte mais frágil da relação laboral para assim alcançar a justiça.

Concluiremos o nosso estudo, retirando as respetivas conclusões.

2. Breve resenha da evolução histórica

2.1. Do Direito do Trabalho

I.

O direito do trabalho é um ramo do direito de formação recente, só a partir do final do séc. XIX as normas laborais começaram a intensificar-se de modo a permitir reconhecer o surgimento de uma nova área jurídica¹⁶¹.

¹⁶¹. Neste sentido, a título de exemplo, GIORGIO GHEZZI/ UMBERTO ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, 3ª ed., Bologna, 1999, reimpr., p. 9, ALFREDO MONTAÑA MELGAR,

Muito embora a relação de trabalho dependente e livre já existisse em épocas anteriores, com origem ainda na Antiguidade, nomeadamente na *locatio conductio operarum* que enquadrava o trabalho livre dependente no direito romano e, posteriormente, na Idade Média com o trabalho nas corporações, apenas na sequência da Revolução Industrial e da Revolução Francesa surgiu o fenómeno do trabalho subordinado atual que determinou o nascimento do novo ramo jurídico que é o Direito do Trabalho. Só, no séc. XIX, com o progresso técnico e económico associado à Revolução Industrial e os ideais de liberdade e igualdade proclamados na Revolução Francesa, a ideia de trabalho ganhou o sentido e alcance atual, o que aconteceu quando a lógica de mercado então emergente fez esbater a relação de *domínio* entre o utilizador do trabalho e quem o prestava. O trabalho *moderno* separou-se, aí, simultaneamente do trabalhador (que vende a sua força de trabalho a troco de uma retribuição), do seu produto (que não pertence ao trabalhador) e dos meios de produção, deixando o trabalhador de ser considerado o objeto da relação laboral tal como era nas relações laborais pré-industriais, em que a sua liberdade tinha um valor relativo¹⁶². Transformaram-se assim os quadros de referência do trabalho existentes nas sociedades pré-capitalistas.

No entanto, foram também esses ideais de liberdade e de igualdade, proclamados na Revolução Francesa,

que determinaram a tendência abstencionista dos Estados liberais para legislar no âmbito das situações jurídicas privadas, ao que acresceu a convicção de que as normas civis existentes eram suficientes para regular as relações laborais, as quais eram assim deixadas à livre iniciativa e conformação das partes¹⁶³. Neste contexto, nos vários ordenamentos jurídicos existia pouca preocupação em regular a relação laboral, a qual estava enquadrada nas figuras previstas nos Códigos Civis¹⁶⁴. Até ao final do séc. XIX, as poucas normas avulsas que foram sendo aprovadas, em vários ordenamentos jurídicos, destinavam-se apenas a reprimir os abusos mais flagrantes em relação àqueles que eram considerados as categorias mais débeis, como mulheres e crianças.

Com a Revolução Industrial, assiste-se ao êxodo das pessoas para as cidades, onde se situavam os grandes centros industriais, para trabalharem nas fábricas. No entanto, estes trabalhadores não tinham poder de negociação, sujeitando-se às condições que lhes eram proporcionadas pelos empregadores, o que acabou por gerar uma grande dissociação entre capital e trabalho e, consequentemente, uma enorme desigualdade entre trabalhadores e empregadores, o que nas palavras de JOSÉ JOÃO ABRANTES, levou à “ditadura contratual dos patrões”¹⁶⁵ que desencadeou um conflito social, na base do qual se construiu a teoria marxista da luta de classes.

Assim, o panorama exposto potenciou os abusos por parte dos empregadores, criando tensões graves devido às condições degradantes em que trabalhavam e viviam os operários, nomeadamente no que diz respeito a tempos e condições de trabalho e condições de vida, o que era agravado pelo facto de os trabalhadores estarem impedidos de se organizarem em termos

Derecho del Trabajo, 32ª ed., Madrid, 2011, p. 64, PAUL DURAND, La naissance d'un droit nouveau — du droit du travail au droit de l'activité professionnelle, *Droit Social*, 7, 1952, pp. 437-441, MÁRIO PINTO, *Direito do Trabalho — Introdução. Relações Colectivas de Trabalho*, Lisboa, 1996, p. 44, JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito do Trabalho. Ensaíos*, Lisboa, 1995, pp. 20 e ss, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 17ª ed., Coimbra, 2014, pp. 29 e ss, BERNADO DA GAMA LOBO XAVIER, *Curso de Direito do Trabalho*, Lisboa, 1999, pp. 33 e ss e MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra, 2001, pp. 167 e ss.

¹⁶². Não obstante, alguns autores tendem a considerar o atual trabalho subordinado como uma continuidade dos vínculos laborais pré-industriais, constituindo este apenas uma manifestação moderna do trabalho dependente daquelas épocas, sendo a *locatio conductio operarum* o seu antecedente dogmático. Com este entendimento, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1991, p. 38 e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, Coimbra, 2015, pp. 61 e ss. Em sentido contrário, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática*, cit., pp. 170 e ss.

¹⁶³. FRANCESCO CARNELUTTI, Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici, *Rivista del Diritto Commerciale e del Industriale e Marittimo*, I, 1913, pp. 354-394, fazia uma analogia entre o contrato de fornecimento de energia elétrica e a relação laboral em que o trabalhador vendia a sua energia através de um contrato de compra e venda.

¹⁶⁴. Entre nós, o Código de Seabra enquadrava-a na figura da prestação de serviços. Cfr. LUÍS CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, VII, Coimbra, 1933, pp. 539 e ss.

¹⁶⁵. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 22-23, entende que a liberdade individualista do liberalismo conduziu à “liberdade de explorar, dando cobertura jurídica à servidão económica dos trabalhadores”.

profissionais, dado que as associações profissionais haviam sido extintas e proibidas nos séculos XVIII/XIX. Todo este circunstancialismo vivido durante a segunda metade do séc. XIX deu origem à chamada *questão social*.

Perante o conflito social que se instalou, veio a Igreja Católica denunciar e condenar os excessos do Liberalismo económico e a exploração dos trabalhadores, preconizando melhores condições de trabalho que permitissem a proteção e dignificação dos trabalhadores¹⁶⁶. É também neste quadro que surgem a teoria marxista da luta de classes, apelando ao associativismo sindical, como forma de ultrapassar a debilidade negocial dos operários.

É neste contexto de convulsão social e miséria económica dos operários que no, final do séc. XIX, ficou claro que as normas de direito civil não eram suficientes para dar resposta aos problemas inerentes às relações laborais e, conseqüentemente, não resolveriam a questão social, visto tratar-se de uma relação em que as partes têm um poder económico muito diferente. Isto levou os Estados a porem termo ao abstencionismo legislativo¹⁶⁷, dando-se também o desenvolvimento do movimento sindical e com ele o aparecimento da negociação coletiva e da greve¹⁶⁸.

Com o adensar da legislação laboral relativa às condições de trabalho, aos fenómenos laborais coletivos e ao contrato de trabalho, reconhece-se o surgimento de uma nova área jurídica entre o final do séc. XIX e o início do séc. XX. Só a partir dessa época se regularizou a produção de normas específicas das várias áreas que o compõem (situações laborais individuais e coletivas).

II.

O Direito do Trabalho surge assim da necessidade de fazer face à questão social, afirmando-se como um “direito da desigualdade”¹⁶⁹, abandonando o anterior dogma dos sujeitos livres e iguais com o objetivo de proteger a parte mais fraca da relação laboral que é o trabalhador, fixando normas imperativas, visto ser essa a única forma de limitar a liberdade do empregador fixar o conteúdo do contrato de trabalho.

Daqui decorre ter sido o intuito protetivo dos trabalhadores subordinados que esteve na base do surgimento do Direito do Trabalho como seu princípio fundamentante geral, pretendeu-se “compensar” a debilidade contratual originária do trabalhador, no plano individual. Como ensina ROSÁRIO PALMA RAMALHO, “a protecção do trabalhador é pois o paradigma tradicional deste ramo jurídico”. De acordo com a autora é neste princípio da proteção, enquanto “valoração axiológica nuclear” que a autonomia dogmática deste ramo do direito se apoia, o que “explica a sua caracterização como um direito unilateral, tendencialmente imperativo e uniforme, progressivo, garantístico e de tendência expansionista”¹⁷⁰.

Estando implícita nesta área jurídica a posição de inferioridade de uma das partes da relação laboral, este princípio da proteção do trabalhador visava o aumento progressivo da tutela dos trabalhadores e, simultaneamente, o alargamento dessa tutela a um número cada vez maior de trabalhadores, o que foi sendo conseguido gradualmente até atingir o seu auge entre os anos cinquenta e meados da década de setenta na maioria dos países, à exceção de Portugal que devido à época do corporativismo só após a queda

¹⁶⁶. Na Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII (1891), cuja doutrina social veio a ser sucessivamente reiterada em encíclicas posteriores.

¹⁶⁷. Na Espanha, a partir de 1873, na Itália, a partir de 1886, na França, a partir de 1874 e na Alemanha, a partir de 1891. Para uma referência às normas sobre condições de trabalho que deram o arranque à legislação laboral nos vários países europeus, nomeadamente em Portugal, cuja primeira legislação laboral surge em 1889, cfr. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I — Dogmática Geral*, 4ª ed., Coimbra, 2015, pp. 48-49 e 85-86.

¹⁶⁸. Para mais desenvolvimentos sobre o movimento de associativismo sindical e a greve, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte III — Situações Laborais Coletivas*, 2ª ed., Coimbra, 2015, § 42, ponto 146 e §54, ponto 193.

¹⁶⁹. JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, vol. I, Serviço de Textos da Universidade de Coimbra, 2004, p. 24.

¹⁷⁰. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I*, cit., p. 59 e *Da Autonomia Dogmática*, cit., pp. 414-451. BERNADO XAVIER, *Curso*, cit., p. 86, afirma ser este princípio “o elemento teleológico fundamental” desta área jurídica. Para MENEZES CORDEIRO, *Da situação jurídica laboral; perspectivas dogmáticas do direito do trabalho*, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1982, pp. 89-149 e ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 60-61, a autonomia do direito do trabalho é meramente sistemática, entendem os autores que não existem no direito do trabalho, valores e princípios suscetíveis de construir uma dogmática própria, não pressupondo, os seus princípios, uma alteração dos parâmetros gerais do direito civil onde também existem soluções para as relações desiguais e para a proteção de alguns contraentes.

deste regime e com o novo regime constitucional de 1976 o Direito do Trabalho conhece uma maior evolução assente no princípio da proteção do trabalhador.

Na senda deste princípio, como forma de salvar a tutela dos trabalhadores, os sistemas normativos laborais consagram normas imperativas para garantir o nível de proteção e assentam numa tutela progressivamente mais favorável que não admite retrocessos. Foi este quadro que permitiu o desenvolvimento do princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador ou *favor laboratoris* que assumiu vários papéis na salvaguarda da tutela do trabalhador através da interpretação das fontes laborais e da sua aplicação, manifestando-se na conjugação das fontes laborais e na relação entre estas e o contrato de trabalho. É assim que ROSÁRIO PALMA RAMALHO refere que “o favor laboratoris é, pois, a projecção interpretativo-aplicativa do princípio geral da protecção do trabalhador”¹⁷¹.

III.

A partir da década de setenta, com a evolução empresarial e tecnológica, a orientação protetiva do Direito do Trabalho talhada para regular a relação laboral típica¹⁷² cujo trabalhador subordinado típico desempenha as suas funções numa empresa típica¹⁷³, depara-se com grandes mudanças no mundo laboral, com o surgimento de novas categorias de trabalhadores mais qualificados e com mais autonomia, novas formas de contratação e com a evolução do modelo empresarial que deixou de ser apenas o modelo fordista e taylorista da grande unidade industrial, ao lado do qual aparecem empresas mais pequenas do setor terciário e mais ligadas à tecnologia onde os vínculos de trabalho existentes já não correspondem ao mode-

lo tradicional. A isto acresce, ainda, o aumento dos encargos dos empregadores com os trabalhadores na sequência da melhoria dos seus direitos previstos na legislação (férias, subsídios, faltas justificadas, segurança social, etc), situação que, por sua vez, foi agravada pela crise económica que veio a culminar no aumento do desemprego e levou as empresas a procurar soluções alternativas, nomeadamente o recurso a vínculos laborais precários e ao trabalho para-subordinado e autónomo.

Este cenário criou instabilidade no Direito do Trabalho, entrando este numa época de “crise” que ainda perdura. É nesta época que, como forma de fazer face aos efeitos da crise económica, nomeadamente para combater o desemprego e permitir uma melhor gestão dos recursos humanos das empresas, começa a verificar-se uma diminuição da tendência protetiva desta área jurídica e começam a surgir as necessidades de flexibilização pondo em causa o garantismo até aí predominante neste ramo do direito.

Dá-se assim um aligeiramento da proteção que era conferida aos trabalhadores subordinados, nomeadamente, nas matérias relativas ao local e tempo de trabalho, retribuição e cessação do contrato, verifica-se uma diminuição das normas laborais imperativas para dar mais liberdade à negociação entre os sujeitos laborais, quer através das convenções coletivas ou do contrato de trabalho, surgindo as normas convénio-dispositivas e são alteradas as regras especiais de interpretação e aplicação das fontes laborais que assentavam no princípio do *favor laboratoris*.

Em suma, assiste-se à crise das tradicionais características de uniformidade e irredutibilidade das vantagens adquiridas ou do garantismo do Direito do Trabalho¹⁷⁴.

É, precisamente, neste contexto de crise que é colocada em causa a autonomia dogmática do Direito do Trabalho¹⁷⁵, levantando-se a questão de saber se

¹⁷¹. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte I, cit., p. 287.

¹⁷². Sobre este ponto, *vd* ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática*, cit., pp. 550 e ss e Ainda a crise do direito laboral: a erosão da relação de trabalho «típica» e o futuro do direito do trabalho, in *III Congresso de Direito do Trabalho. Memórias*, Coimbra, 2001, pp. 253-266.

¹⁷³. Na relação laboral típica, o trabalhador era, normalmente, um homem sem muitas qualificações, que dependia economicamente do trabalho para assegurar a sua subsistência e da sua família e tinha pouca liberdade de fixação das condições de trabalho. A empresa típica era a grande unidade industrial de modelo fordista e taylorista.

¹⁷⁴. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Perspectivas Metodológicas do Direito do Trabalho. Relatório*, Coimbra, 2005, p. 98.

¹⁷⁵. MENEZES CORDEIRO, Da situação jurídica laboral, cit., pp. 146 e ss e *Manual*, cit., pp. 102 e ss. Para outros autores não é colocada em crise a autonomia científica do Direito do Trabalho, mas afigura-se necessária uma reestruturação profunda e o repensar das suas valorações, nesse sentido JORGE LEITE, *Direito do Trabalho na crise (relatório geral)*, in *Temas de Direito do Trabalho — IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1990, pp. 21-49, ROLF BIRK, *Le droit du travail au seuil du 21ème siècle*, in *X Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito*

o princípio do tratamento mais favorável continua a existir como princípio fundamentante do Direito do Trabalho, mas essencialmente se será de admitir este princípio como um recurso genérico de interpretação das normas laborais.

2.2. Do Princípio do tratamento mais favorável

Como ficou já exposto, tendo o Direito Trabalho nascido com intuito protetivo, face à insuficiência das normas civis para responder à necessidade sentida de proteger a parte mais fraca da relação laboral, associado a este ramo do direito surgiu o princípio do tratamento mais favorável ou *favor laboratoris*, num duplo sentido. Por um lado, deste princípio resulta a ideia da natureza tendencialmente imperativa das normas laborais¹⁷⁶ e por outro, a convicção de uma evolução sempre num sentido mais favorável ao trabalhador. Assim, o *favor laboratoris* permitia salvaguardar a tutela dos trabalhadores através de diversos mecanismos, operando na interpretação e na aplicação das normas laborais, é pois, a “*projeção interpretativo-aplicativa do princípio geral da proteção do trabalhador*”¹⁷⁷.

Constituindo critério de resolução dos problemas suscitados pela interpretação e pela aplicação das fontes laborais, este princípio exercia, e ainda hoje exerce, diversas funções na resolução de variados problemas, nomeadamente na interpretação das normas laborais e integração de lacunas; nos conflitos de aplicação das normas laborais, na conjugação das fontes laborais, nos casos de sucessão de fontes e nas relações entre fontes laborais e o contrato de trabalho.

do Trabalho. Anais, Coimbra, 1999, pp. 25-36 e ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática*, cit., pp. 701 e ss, 711 e ss, 799 e ss, 849 e ss, 893 e ss e 913 e ss justificando a independência do Direito do Trabalho com vários aspetos particulares desta área jurídica.

¹⁷⁶. Entende-se que, nos primórdios do Direito do Trabalho, este princípio terá exercido a função de “política legislativa”, orientando o legislador. Neste sentido, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 220, ANTÓNIO DE ARAÚJO, Princípio “Pro Operario” e interpretação de normas juslaborais, *Revista Jurídica*, AAFDL, n° 15, 1991, p. 30 e MENEZES CORDEIRO, Princípio do Tratamento mais favorável no Direito do Trabalho actual, *Direito e Justiça*, III, 1987/88, p. 113.

¹⁷⁷. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte I, cit., p. 287.

Certo é que com a “crise” do Direito do Trabalho acima referenciada, muitas das aptidões deste princípio foram-se esbatendo com a evolução da legislação laboral, principalmente desde a Lei do Contrato de Trabalho, doravante LCT, até ao atual Código do Trabalho, doravante CT, tema que tem merecido a atenção de grande parte da doutrina¹⁷⁸.

Com a evolução sociológica e jurídica das circunstâncias que justificaram a consagração deste princípio, o mesmo veio a demonstrar-se desadequado e demasiado rígido, pois face ao melhoramento das condições económicas e da tutela dos trabalhadores já não se justifica uma tal rigidez e irredutibilidade do *favor laboratoris*, além disso, a maior maturidade das associações representativas dos trabalhadores permite atribuir às partes desta relação laboral uma maior margem de negociação. Assim, aquele que era um princípio rígido e irredutível, na vigência da LCT, só admitindo a derrogação das normas legais em

¹⁷⁸. A título exemplificativo: RAÚL VENTURA, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho, Estudos de Direito Privado*, Porto, 1944, pp. 195-199, ACÁCIO LOURENÇO, O Princípio do Tratamento Mais Favorável, in *Estudos sobre Temas de Direito do Trabalho, Perspectivas e Realidades*, Lisboa, 1979, pp. 91-109, MÁRIO PINTO, *Direito do Trabalho*, cit., 163 e ss, MONTEIRO FERNANDES, Princípio do Tratamento Mais Favorável ao trabalhador — Sua Função, *Estudos Sociais e Corporativos*, n° 21, 1967, pp. 73-93, MENEZES CORDEIRO, Princípio do Tratamento mais favorável, cit., pp. 111-139, ANTÓNIO DE ARAÚJO, Princípio “Pro Operario”, cit., pp. 29-48, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 217 e ss, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I...*, cit., pp. 286 e ss, BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *Manual de Direito do Trabalho*, 2ª ed., Lisboa, 2014, pp. 291 e ss, JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, 4ª ed., Coimbra, 2014, pp. 51 e ss, Tratamento mais favorável e art. 4º/1 do Código do Trabalho: o fim de um princípio, in *Temas Laborais*, Coimbra, 2005, pp. 11-22 e O Papel da Jurisprudência no Preenchimento de Conceitos Laborais Indeterminados: In Dubio Pro Operario?, in *Estudos do Instituto do Direito do Trabalho*, Vol. VI, 2012, pp. 219-229, JOSÉ JOÃO ABRANTES, A Autonomia do Direito do Trabalho, a Constituição Laboral e o Artigo 4º do Código do Trabalho, in *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea*, 2004, pp. 409-431, MILENA SILVA ROUXINOL, O princípio do tratamento mais favorável nas relações entre a lei e a convenção colectiva de trabalho, *Questões Laborais*, n° 28, Coimbra, 2006, pp. 159-191, JOÃO REIS, Princípio do Tratamento mais favorável e da norma mínima, in *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais*, I, Coimbra, 2014, 855-884 e GUILHERME DRAY, *O Princípio da Protecção do Trabalhador*, Coimbra, 2015, pp. 429 e ss.

sentido mais favorável ao trabalhador desde que as mesmas não fossem imperativas, manifestando a regra de irredutibilidade dos direitos adquiridos, veio posteriormente a sofrer alterações, verificando-se uma diminuição do seu vigor.

O CT de 2003, impulsionado pelas necessidades de flexibilização das normas laborais, no seu artigo 4.º veio consagrar aquilo que LEAL AMADO apelida de “atestado de óbito” deste princípio, prevendo a supletividade das normas laborais e permitindo à negociação coletiva o afastamento destas em sentido mais e menos favorável ao trabalhador, surgindo assim as normas convénio-dispositivas¹⁷⁹.

Por último, no atual CT de 2009, o artigo 3.º, numa linha de continuidade com o regime anterior, manteve a regra da supletividade geral das normas laborais permitindo a sua derrogação *in pejus*, através da negociação coletiva, exceto se das mesmas resultar o seu carácter absolutamente imperativo, mas por outro lado, no n.º 3 estabeleceu um elenco de matérias de maior importância em que só permite a derrogação *in melius*^{180 181}.

Apesar de não estar consagrada expressamente na lei, a vigência do princípio do tratamento mais favorável no campo da aplicação das normas laborais, cedo se questionou a possibilidade dele operar nesta sede¹⁸², ou

seja, de ser utilizado para efeitos de interpretação das normas laborais, atribuindo-lhes o sentido mais favorável ao trabalhador, como um benefício em face do desequilíbrio negocial da relação laboral. Seria assim utilizado como um “cânone de interpretação”, o que levou alguma doutrina a designá-lo de princípio *pro operario*¹⁸³. É esta a questão objeto do presente estudo.

3. A interpretação jurídica¹⁸⁴

No seguimento da análise da questão que nos propusimos tratar e de forma a alcançar as devidas conclusões afigura-se pertinente e útil analisar o tema da interpretação jurídica, para posteriormente descortinarmos se no âmbito do Direito do Trabalho, face às suas especificidades, existe a necessidade de ir para além daquelas que são as regras gerais da interpretação jurídica previstas no artigo 9.º C.C..

3.1. Teorias subjetivista e objetivista

Tradicionalmente, entendia-se que a interpretação jurídica só era necessária quando a norma não fosse clara, ou seja, naqueles casos em que o sentido da norma era obscuro: *in claris non fit interpretatio*. No entanto, como ensina OLIVEIRA ASCENSÃO, mesmo para concluir que uma norma é clara é necessário proceder à sua interpretação¹⁸⁵.

Assim, a interpretação das fontes é sempre necessária e imprescindível para a determinação das regras

¹⁷⁹. LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, cit., pp. 51 e ss e Tratamento mais favorável e art. 4º/1 do Código do Trabalho: o Fim de um princípio, cit., pp. 11-22, onde o autor faz apreciação crítica destas alterações, levantando a questão da constitucionalidade do artigo 4.º do CT 2003 por violação do princípio da norma social mínima. No mesmo sentido, JOÃO REIS, Princípio do Tratamento mais favorável, cit., pp. 855-884, MILENA SILVA ROUXINOL, O princípio do tratamento mais favorável, cit., pp. 159-191, JOSÉ JOÃO ABRANTES, O Código do trabalho e a Constituição, *Questões Laborais*, n.º 22, 2003, pp. 150-153 e JORGE LEITE, Código do trabalho: algumas questões de (in)constitucionalidade, *Questões Laborais*, n.º 22, 2003, pp. 270-274.

¹⁸⁰. Para evolução legislativa mais pormenorizada, cfr. LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho*, cit., pp. 51 e ss e ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte I, cit., pp. 294-301.

¹⁸¹. Em relação ao n.º 1 do artigo 3.º do CT 2009, o Tribunal Constitucional veio a pronunciar-se no Acórdão n.º 338/10, disponível em www.tribunalconstitucional.pt, concluindo não padecer, este preceito, de qualquer inconstitucionalidade.

¹⁸². Entre outros, ANTÓNIO DE ARAÚJO, Princípio “Pro Operário”, cit., pp. 29-48, ACÁCIO LOURENÇO, O Princípio do Tratamento Mais Favorável, cit., pp. 91-109, MONTEIRO FERNANDES, Princípio do Tratamento Mais Fav-

rável, cit., pp. 73-93 e MENEZES CORDEIRO, Princípio do Tratamento mais favorável, cit., pp. 111-139.

¹⁸³. ANTÓNIO DE ARAÚJO, Princípio “Pro Operário”, cit., pp. 29 e ss. RAÚL VENTURA, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho*, cit., p. 207 referia-se ao *princípio in dubio pro laboratore*.

¹⁸⁴. Para uma noção de interpretação jurídica e distinção em relação a outros tipos de interpretação, cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, Reconsiderações sobre a Interpretação Jurídica e Não-Jurídica, in *Homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra, 2006, pp. 163-170.

¹⁸⁵. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed. Refundida, Coimbra, 2011, 392 e MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, Coimbra, 2013, pp. 329-340.

aí consagradas¹⁸⁶. O texto em que as normas jurídicas se apresentam é polissêmico, comporta múltiplos sentidos, por isso a tarefa do intérprete é retirar desse texto um determinado sentido para resolver uma determinada situação que reclama uma solução jurídica, é nisso que consiste a interpretação jurídica¹⁸⁷. Pretende-se encontrar na norma jurídica um sentido correto, justo e adequado que garanta uniformidade de decisões, segurança e justiça. Nas palavras de KARL LARENZ¹⁸⁸, “«interpretação» é, se nos ativermos ao sentido das palavras, «desentranhamento», difusão e exposição do sentido disposto no texto, mas, de certo modo, ainda oculto. Mediante a interpretação «faz-se falar» este sentido, quer dizer, ele é enunciado com outras palavras, expressado de modo mais claro e preciso, e tornado comunicável”.

Na interpretação, reveste especial importância a pré-compreensão, pois se o intérprete não tiver já uma pré-compreensão do que se visa compreender, não será possível a compreensão¹⁸⁹. Assim, ao iniciar o processo de compreensão, o intérprete já deve ter uma pré-compreensão, ainda que vaga, daquilo que visa compreender.

A interpretação do sentido de uma norma jurídica e a aplicação da mesma ao caso concreto constitui um processo unitário, pois a “a tarefa da interpretação é a da concretização da lei em cada caso, é, portanto, a tarefa da aplicação”¹⁹⁰. CASTANHEIRA NEVES, apoiando-se nas obras de grandes autores como ENGISH, KAUFMANN, ESSER, LARENZ, MÜLLER, entre outros, afirma que a interpretação “não é ela uma determinação *a priori*, seja exegética ou analítica, de uma normatividade em abstracto e em si, mas é pelo contrário constituída pela relação problemático-normativa entre a norma e o caso concreto, obrigando assim a concluir que a interpretação apenas se consuma na decisão concreta (no concreto juízo normativamente decisório) e que é o conteúdo normativo-jurídico assim determinado-constituído (...) que acaba por imputar-se à norma interpretanda, reconstituindo-a e enriquecendo-a nessa mesma medida”¹⁹¹.

No que diz respeito à finalidade ou escopo da interpretação¹⁹², no séc. XIX, surgiram duas teorias: a teoria subjetivista, também denominada tradicional ou clássica que considera escopo da interpretação a indagação da intenção do legislador e a reconstrução do seu pensamento ou vontade real (histórico-psicológica) subjacente à elaboração da lei; e a teoria objetivista de acordo com a qual a finalidade da interpretação é determinar o significado objetivo, descortinando a fórmula normativa objetivada no texto, independentemente de qual tenha sido a intenção do legislador. Ou seja, enquanto a teoria subjetivista visa a *mens legislatoris*, a teoria objetivista visa a *mens legis*¹⁹³.

A teoria subjetivista predominou durante o abso-

lutismo e nas metodologias do séc. XIX, foi seguida

¹⁸⁶. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 320, explica numa linguagem didática que “pode afirmar-se que o texto da lei é a fonte e que a regra é o que o intérprete extrai desse texto ou que, quando alguém abre um código, vê fontes e não regras”.

¹⁸⁷. Vide KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 7ª ed., trad. de José Lamego, Lisboa, 2014, pp. 283 e 439, KARL ENGISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 11ª ed., trad. de J. BAPTISTA MACHADO, Lisboa, 2011, pp. 165 e ss, MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis*, Coimbra, 1934, pp. 7-10, A. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 2º, Coimbra, 1995, pp. 338 e ss, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito*, cit., pp. 175 e ss, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., pp. 392-394, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 320-321, CRISTINA QUEIROZ, A Interpretação Jurídica, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*, vol. I, Lisboa, 2006, pp. 270-271.

¹⁸⁸. KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., p. 441.

¹⁸⁹. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 319 e KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., pp. 285 e ss, referindo o autor “Esta pré-compreensão refere-se à coisa de que o texto trata e à linguagem em que se fala dela”, dando o exemplo do jurista que ao interpretar uma lei, fá-lo com todo o seu saber, depois de um longo processo de aprendizagem.

¹⁹⁰. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 321, citando GADAMER, *Wahrheit und Methode*, p. 330.

¹⁹¹. A. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, cit., p. 371.

¹⁹². Não deve ser confundido o objeto com o objetivo da interpretação jurídica: aquele é o que se interpreta; este é o fim que se procura atingir, *vd* CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, cit., pp. 341 e 354.

¹⁹³. Vide KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., pp. 445 e ss, KARL ENGISH, *Introdução ao Pensamento*, cit., pp. 170 e ss, MANUEL DE ANDRADE, *Ensaio sobre a Teoria*, cit., pp. 15-16, A. CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, cit., pp. 353 e ss, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito*, cit., pp. 177 e ss, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., pp. 392-394, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 338 e ss, A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, 7ª ed., Coimbra, pp. 330-336.

por WINDSCHEID, SAVIGNY, BIERLING, HECK entre outros autores e utilizada na Escola da Exegese. Segundo esta orientação, o Direito era um conjunto de imperativos ou comandos—regra imputáveis a um poder que se personaliza no legislador e por isso, o que prevalecia era a intenção do legislador, à qual era devida obediência, garantindo-se a certeza do direito. Numa vertente historicista devia atender-se à intenção do legislador no momento da feitura da lei, mas numa vertente atualista já atendiam à intenção do legislador no momento em que a lei é interpretada.

Em crítica à teoria subjetivista, alegando que o legislador e o Estado carecem de vontade psicológica e acusando-a de sacrificar a segurança e a certeza do direito, surgiu a teoria objetivista, na segunda metade do séc. XIX, seguida por BINDING, WACH, HOHLER, RADBRUCH, entre outros. Baseou-se na ideia de que o Direito é uma ordem normativamente objetiva que segue o projeto histórico-culturalmente comunitário, e por isso à lei é atribuído um conteúdo mais amplo por forma a integrá-la no ambiente social e responder às exigências da justiça e às necessidades da prática, garantindo mais certeza e retidão. Numa vertente historicista, esta orientação visa determinar o sentido objetivo da lei no momento em que é feita, numa vertente atualista procura esse sentido no momento em que a lei é interpretada.

A teoria objetivista é considerada a posição moderna, no entanto também é suscetível de críticas, desde logo porque o intérprete goza de ampla margem de arbítrio, o que também pode pôr em causa a certeza e segurança do direito. Foi neste contexto que, no início do séc. XX, surgiram autores como LARENZ e ENGISCH a conjugar ambas as teorias retirando de cada uma o que existe de verdade¹⁹⁴, surgindo aquela que SANTOS JUSTO denomina de teoria mista¹⁹⁵. De acordo com esta teoria mista, o sentido da lei não se identifica com a *mens legislatoris*, mas também não a dispensa, é antes um resultado de um processo de pensamento que considera todos os momentos subjetivos e objetivos, sendo necessário conhecer a decisão do legislador e os fundamentos em que se apoia, para adaptar a lei ao presente.

A solução adotada no nosso Código Civil, no artigo 9.º é de carácter ambíguo, já que contém elementos de orientação subjetivista e elementos de orientação objetivista, no entanto, tem sido considerado tratar-se de uma orientação objetivista atualista¹⁹⁶.

3.2. Critérios de interpretação ou fatores hermenêuticos

Entendia LARENZ¹⁹⁷ que para conferir maior segurança ao sentido da lei, não deixando ao arbítrio do intérprete a sua determinação, é necessário existirem critérios de interpretação ou fatores hermenêuticos¹⁹⁸ em conformidade com os quais o intérprete se possa guiar, critérios que foram desenvolvidos pela metodologia jurídica e que, embora não correspondendo integralmente aos critérios avançados por LARENZ, já eram referidos por SAVIGNY, mestre da Escola Histórica, na sua obra *Juristische Methodenlehre*¹⁹⁹.

São estes elementos da interpretação que permitem ao intérprete escolher entre várias interpretações possíveis e determinar se a interpretação realizada é a correta e justa, pois é a justiça na resolução do caso concreto que se pretende alcançar. No entanto, os elementos de interpretação não se traduzem em diferentes métodos de interpretar, todos eles se integram no ato da interpretação que é único e tendo cada um deles um valor próprio, todos devem ser considerados no ato de interpretar, com vista a obter a interpretação correta²⁰⁰.

¹⁹⁶. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 347.

¹⁹⁷. KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., p. 450.

¹⁹⁸. Estes critérios podem também ser designados por “elementos”, “métodos”, ou “cânones” de interpretação. CRISTINA QUEIROZ, *A Interpretação Jurídica*, cit., p. 279, refere-se a argumentos., na medida em que a interpretação compreende “uma «escolha» entre várias alternativas possíveis com base na argumentação”.

¹⁹⁹. Citado por vários autores, entre eles, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil I*, 4ª ed., reformulada e atualizada, Coimbra, 2012, pp. 672 e ss, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 348 e ss. Enquanto SAVIGNY se referia aos elementos lógico, gramatical e histórico da interpretação, LARENZ avançou com os critérios do sentido literal, do contexto significativo da lei, a intenção reguladora, fins e ideias normativas do legislador histórico, os critérios teleológico-objetivos e alertava para a importância da interpretação conforme à Constituição.

²⁰⁰. KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., p. 450.

¹⁹⁴. KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., pp. 446-450 e KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento*, cit., pp. 170 e ss.

¹⁹⁵. A. SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., p. 335, entende que foi esta teoria mista que o nosso legislador adotou.

Entre nós, o artigo 9.º C.C. apela ao intérprete que considere, não apenas a letra da lei mas também o seu espírito, por isso fixou as regras de interpretação jurídica consagrando quatro elementos a ter em conta na interpretação de fontes normativas, a saber: elemento literal, elemento histórico, elemento sistemático e elemento teleológico.

a) Elemento literal

O elemento literal constitui o ponto de partida da interpretação jurídica, cada palavra tem o seu significado e por isso a interpretação de um texto tem de partir necessariamente das palavras constantes desse texto. Assim, o intérprete deve atribuir um significado a todas as expressões da lei.

De acordo com o artigo 9.º C.C., a letra da lei funciona não só como o ponto de partida da interpretação da norma mas também como um limite no apuramento do seu espírito. Assim, fala-se em duas funções do elemento literal.

Numa função negativa, este elemento impede o intérprete de considerar um significado que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, funcionando como um limite para todos os outros elementos de interpretação, ou seja, o n.º 1 do artigo 9.º C.C. ao impor a reconstituição do pensamento legislativo exige que se verifique uma correspondência mínima com a letra da lei.

Por outro lado, exerce também uma função positiva nas situações em que o texto da lei comporta mais que um significado, permitindo ao intérprete concluir por um desses sentidos atentas as presunções estabelecidas no n.º 3 do artigo 9.º C.C., de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados. Desta forma, o intérprete deverá optar pelo sentido que tenha maior correspondência no significado natural das expressões utilizadas e no seu significado técnico-jurídico²⁰¹.

No entanto, este é um elemento frágil, pois “a flexibilidade, a riqueza de cambiantes e a capacidade de

adaptação da linguagem geral constituem ao mesmo tempo a sua força e a sua fraqueza, o que tem como consequência que do uso linguístico, apenas, se não obtém um sentido literal inequívoco”²⁰², portanto, o elemento literal não é suficiente para apurar o sentido de uma norma, com ele é dado apenas o primeiro passo no processo de interpretação de uma norma legal, tendo de ser conjugado com outros elementos de interpretação que permitam descortinar qual o seu espírito, reconstruindo o pensamento legislativo²⁰³. Assim, para apreender o sentido da lei, a interpretação socorre-se, como refere FRANCESCO FERRARA de vários meios: “Em primeiro lugar busca reconstruir o pensamento legislativo através das palavras da lei, na sua conexão linguística e estilística, procura o sentido literal. Mas este é o grau mais baixo, a forma inicial da actividade interpretativa. As palavras podem ser vagas, equívocas ou deficientes e não oferecerem nenhuma garantia de espelharem com fidelidade e inteireza o pensamento: o sentido literal é apenas o conteúdo possível da lei: para se poder dizer que ele corresponde à mens legis, é preciso sujeitá-lo a crítica e a controlo”²⁰⁴.

Esses são os elementos lógicos (histórico, sistemático e teleológico), em relação aos quais se defrontaram a orientação subjetivista e a orientação objetivista. Hoje parece estar assente, predominantemente, a orientação objetivista segundo a qual se atende ao sentido objetivo da lei sem as condicionantes da intenção do legislador ao tempo da elaboração da lei, preconizadas pela orientação subjetivista. Ainda assim, porque compatível com a orientação objetivista entende-se que não deve ser descurada a intenção do legislador histórico patente na lei²⁰⁵. Assim, apesar de o artigo 9.º C.C. não ter tomado uma posição em relação a esta dicotomia, apesar de se referir ao “pensamento legislativo”, parece dele resultar uma orientação objetivista atualista, pois tem em atenção o facto de a lei estar inserida numa ordem social dinâmica, na qual vão sendo observadas modificações a

²⁰¹. Para maior aprofundamento das funções do elemento literal, cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 355, SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 337-338, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito*, cit., 182, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., p. 397.

²⁰². KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., pp. 450-451.

²⁰³. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., pp. 397-398, alerta para a necessidade de evitar um apego excessivo à letra da lei que caracterizou a Escola da Exegese.

²⁰⁴. FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e Aplicação das leis*, tradução de Manuel de Andrade, 3ª ed., Coimbra, 1978, pp. 127 ss e 138 ss.

²⁰⁵. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., pp. 399-407 e KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., p. 448.

cada momento, às quais a própria ordem jurídica vai respondendo adaptando a lei às novas necessidades, e portanto o sentido da norma será variável consoante as circunstâncias envolventes²⁰⁶.

b) Elemento histórico²⁰⁷

O artigo 9.º C.C. remete também para “as circunstâncias em que a lei foi elaborada”, ou seja para os dados históricos que justificaram aquela lei. Pretende-se saber qual o circunstancialismo que motivou o legislador a criar aquela lei e quais as necessidades que a mesma visava satisfazer quando foi criada.

Normalmente, as normas resultam de uma evolução histórica, cujo conhecimento pode auxiliar significativamente na determinação do seu sentido.

Enquanto elemento auxiliar da interpretação, incluem-se aqui aspetos objetivos e subjetivos. Assim, há que ter em conta os precedentes normativos e doutrinários, os trabalhos preparatórios e a *occasio legis*.

Os precedentes normativos correspondem à legislação que antecedeu o preceito interpretando e à legislação que inspirou o legislador, quer se trate de legislação nacional ou de normas de direito comparado, pois muitas vezes o regime consagrado numa determinada norma justifica-se, essencialmente, pela sua evolução histórica, o que, como constataremos, acontece, precisamente com as normas de Direito do Trabalho.

Os precedentes doutrinários são extremamente importantes na interpretação jurídica, visto ser crucial conhecer a posição da doutrina em relação a determinada matéria no momento em que a lei foi criada, pois, não raras vezes, a lei tende a consagrar posições doutrinárias existentes à data da sua criação.

Os trabalhos preparatórios consubstanciam-se nos estudos prévios, os anteprojetos, os projetos, as propostas de alteração aos projetos, as atas das comissões encarregadas da elaboração do projeto, as atas das ses-

sões parlamentares, etc. Muitas vezes, da análise desta documentação é possível perceber todo o percurso percorrido até à versão final da lei e quais as razões que estiveram na base dessa versão final, o que se revela crucial para apurar qual o sentido da lei. Através desta documentação é ainda possível aferir qual era a intenção do legislador no momento que criou a lei, por isso, TEIXEIRA DE SOUSA autonomiza aqui um aspeto subjetivo do elemento histórico²⁰⁸. O referido autor, ilustrando a sua posição com o “romance em cadeia” de RONALD DWORKIN²⁰⁹, alerta ainda para a relevância de atender à interpretação que tem sido feita, pela jurisprudência e pela doutrina, de uma determinada norma após a sua entrada em vigor, para assim determinar a evolução das necessidades que a mesma visa satisfazer e qua ainda justifiquem a sua aplicação.

A *occasio legis* traduz-se no circunstancialismo em que a norma surgiu, facto importante para determinar qual a intenção legislativa, pois normalmente, a legislação surge perante uma necessidade social de regulação de determinadas situações. Assim, o intérprete deve procurar conhecer qual a realidade social e económica subjacente ao surgimento da norma objeto de interpretação, porque só assim conseguirá perceber se aquelas necessidades ainda permanecem.

c) Elemento sistemático

A interpretação de uma norma não pode ser feita isoladamente, ignorando todo o contexto onde a mesma está inserida, há ainda que atender ao complexo normativo no qual a mesma se integra, às disposições legais que regulam questões paralelas ou afins (lugares paralelos), ao lugar sistemático que compete à norma interpretada no ordenamento global e à sua consonância com o espírito ou unidade intrínseca de todo o ordenamento jurídico²¹⁰.

²⁰⁶. A este propósito, surgiu a “interpretação evolutiva” defendida, entre outro ilustres autores, por FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3ª ed., Foro Italiano, Roma, 1951, p. 286.

²⁰⁷. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., pp. 412-414, TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 357-359, SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 339-340, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito*, cit., p. 182, KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., pp. 463-469.

²⁰⁸. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 358.

²⁰⁹. RONALD DWORKIN, *Law as Interpretation*, Critical Inquiry, 9, Chicago, 1982, p. 192. Em sentido crítico, CASTANHEIRA NEVES, Dworkin e a Interpretação Jurídica — ou a Interpretação Jurídica, a Hermenêutica e a Narratividade, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 263-345 e HUGO ALVES, Dworkin e a Interpretação Jurídica: uma leitura crítica, *O Direito*, A. 141, III, Lisboa, 2009, pp. 637-664.

²¹⁰. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito*, cit., p. 183, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., pp. 409-412, TEI-

Este elemento sistemático assenta na conceção de que o direito se estrutura num sistema, ou seja, um conjunto de elementos que se interrelacionam e ordenam numa unidade intrínseca e que pressupõe ordem e unidade²¹¹, não sendo esta unidade “algo de que se parta ou pré-defina como axioma, mas algo a que se procurará chegar, constituindo-a: não é um dado (pressuposto) e sim uma tarefa (objectivo)”, por isso sendo uma unidade em construção (e não estática), o sistema jurídico é “um sistema aberto e de reconstrução dialéctica”²¹².

Ao seu tempo, SAVIGNY já defendia a necessidade de atender a este elemento sistemático, por seguir a orientação de que os institutos jurídicos constituem um sistema e só da sua conexão com o sistema se pode retirar o seu conteúdo e sentido para assim serem corretamente compreendidos.

Assim, o n.º 1 do artigo 9.º C.C. estipula que o intérprete deve ter em conta a “*unidade do sistema jurídico*”, ou seja, a norma não deve ser interpretada de forma isolada mas antes de acordo com o texto legal onde está inserida, com o subsistema de que faz parte e com o ordenamento jurídico no geral.

No caso do tema objeto do presente estudo, as normas de Direito do Trabalho deverão ser interpretadas de acordo com o texto legal onde estão inseridas (v.g. Código do Trabalho), de acordo com a *ratio* de todo o Direito do Trabalho, pois as normas de um subsistema obedecem, normalmente a um pensamento unitário²¹³, mas também de acordo com todo o sistema jurídico, só assim se obtém uma interpretação coerente e adequada das normas. Não podem as mesmas ser interpretadas em contradição com o sistema jurídico.

Este elemento sistemático permite também, muitas vezes, ultrapassar o problema da polissemia ou

ambiguidade da letra da lei, pois há determinadas palavras que adquirem um sentido diferente consoante o contexto em que são utilizadas.

Portanto, a lei deve ser interpretada no contexto do sistema jurídico, subordinando-se a normas que lhe são superiores (v.g. Constituição da República Portuguesa, doravante CRP), aos princípios gerais de direito e atendendo às normas da mesma hierarquia com as quais se conecta e ao regime por elas estabelecido (lugares paralelos). Tudo deve processar-se com o intuito de assegurar a unidade e coerência do sistema jurídico, de forma a garantir a harmonização contextual da lei interpretada com as demais leis do mesmo sistema.

d) Elemento Teleológico

Com o elemento teleológico ou racional, permite-se ao intérprete chegar à finalidade da lei, aos objetivos que esta visa alcançar²¹⁴ e que justificam a sua vigência, ou seja, à sua *ratio legis*. A norma deve ser entendida no sentido que melhor corresponda ao resultado que a mesma pretende obter, pois como afirma FRANCESCO FERRARA, “a lei se comporta para com a *ratio iuris*, como o meio para com o fim: quem quer o fim quer também os meios”²¹⁵.

Prevê o n.º 1 do artigo 9.º C.C., que o intérprete tem de considerar “*as condições específicas do tempo em que é aplicada*”, o que depõe a favor de uma teleologia objetivista e atualista. No entanto, este elemento teleológico não vale por si só, tem de ser conjugado com os outros elementos, nomeadamente com o elemento sistemático, pois a teleologia de uma norma, muitas vezes, só é perceptível de acordo com o seu enquadramento sistemático, como é o caso das normas de Direito do Trabalho, que se regem por determinados princípios próprios.

Para concretizar a tarefa imposta pelo n.º 1 do artigo 9.º C.C., o intérprete terá de atender a vários fatores, desde sócio-económicos, políticos, culturais e morais que se verificam no momento em que interpreta a norma, e a fatores jurídicos, nomeadamente

XEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 359-366, SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, cit., pp. 340-342, KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., pp. 457-462.

²¹¹. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, trad. de A. MENEZES CORDEIRO, Lisboa, 1996, pp. 9-23.

²¹². CASTANHEIRA NEVES, *Digesta*, cit., p. 171.

²¹³. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., p. 366, afirma que “uma fonte de direito de trabalho tem de ser interpretada de acordo com os princípios característicos deste subsistema (como, por exemplo, o do favor laboratoris)”.

²¹⁴. Sobre este elemento de interpretação, em concreto, cfr. ROBERT ALÉXY, *Interpretação teleológica e vinculação à lei*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. LI, n.ºs 1-2, Lisboa, 2010, pp. 9-15.

²¹⁵. FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e Aplicação das leis*, cit., p. 141.

aos princípios gerais do sistema jurídico²¹⁶ e aos princípios específicos do subsistema em que a norma está integrada. Só através da conciliação de todos estes fatores será possível determinar a *ratio legis*, a qual, por sua vez, revelando os diversos interesses em presença, a ponderação feita entre os mesmos e a opção legal que se traduz na solução prevista, permite determinar o espírito da lei²¹⁷.

Desta forma, TEIXEIRA DE SOUSA ensina que “o intérprete deve procurar descobrir o princípio formal ou o respectivo princípio material que fundamenta a lei e visar a sua optimização através da interpretação. A melhor interpretação é aquela que conseguir a melhor optimização do princípio formal ou material que está subjacente à lei”, devendo o intérprete escolher o princípio que melhor se adequa aos interesses cuja proteção se visa e escolher a teleologia que melhor se coadune com o sistema²¹⁸. Mais considera que a “única medida aceitável de justiça, de confiança e eficiência é a medida máxima que for compatível com os outros princípios formais” e neste sentido entende que os princípios são “comandos de optimização”.

Esta ideia de optimização através da interpretação corresponde à teoria construída por ROBERT ALEXY na sequência do que já era defendido por RONALD DWORKIN, mas com algumas diferenças.

²¹⁶. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., pp. 419-420, afirma “os princípios do direito são pois antes de mais princípios ou grandes orientações da ordem positiva, que percorrem e vivificam, e que têm assim a potencialidade de conduzir a novas soluções”, “os princípios são de toda a ordem jurídica (...) e esses princípios são direito vigente (...) permitem, em última análise, chegar sempre à solução do caso: quanto mais não seja através do recurso à Justiça, que é o princípio formal básico”. KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., pp. 479-484 faz especial referência aos princípios constitucionais entre os princípios ético-jurídicos, pelos quais a interpretação deve orientar-se.

²¹⁷. FRANCESCO FERRARA, *Interpretação e Aplicação das leis*, cit., p. 141 afirmava já que “Para se determinar esta finalidade prática da norma, é preciso atender às relações da vida, para cuja regulamentação a norma foi criada. Devemos partir do conceito de que a lei quer dar satisfação às exigências económicas que brotam das relações (natureza das coisas). E portanto ocorre em primeiro lugar um estudo atento e profundo, não só do mecanismo técnico das relações, como também das exigências que derivam daquelas situações, procedendo — se à apreciação dos interesses em causa”.

²¹⁸. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 369-370.

Segundo a conceção de DWORKIN²¹⁹, os princípios distinguem-se das normas jurídicas, eles são proposições que descrevem direitos, embora sejam derivados do campo da moral como padrões de valores socialmente consagrados numa comunidade de princípios. Referem-se à justiça e à equidade (*fairness*). Os mesmos são considerados *prima facie*, não fornecem uma razão definitiva a favor de uma determinada solução, eles têm peso e importância, podendo ser aplicados pelo juiz em diferentes medidas, ao contrário das normas jurídicas que seguem um critério de tudo ou nada (ou são aplicadas ou não são aplicadas). De acordo com o autor, os princípios são aplicáveis quando o julgador se depara com um caso difícil (*hard case*) para a resolução do qual as normas jurídicas ou os precedentes judiciais sejam insuficientes. Havendo conflito entre princípios, prevalecerá aquele que tiver mais peso ou for mais importante.

ALEXY apurou as ideias avançadas por DWORKIN, ao considerar os princípios como uma espécie — juntamente com as regras — do género norma, que possuem o carácter de “mandatos de otimização” por determinarem que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios seriam mandatos de otimização caracterizados pelo facto de que podem ser cumpridos ou não, em graus diferentes, sendo a medida do seu cumprimento dependente não somente das possibilidades fáticas determinadas no caso concreto, mas também jurídicas, relacionadas com os princípios que se encontram em colisão e necessitam ser ponderados, podendo assim obter diferentes graus de concretização²²⁰. Para ALEXY é claro que tanto as regras como os princípios têm força normativa, porque ambos dizem o que se deve fazer.

Concordamos com Teixeira de Sousa quando defende que os princípios não podem ser aplicados apenas em certa medida ou parcialmente, um princípio ou tem aplicação na situação concreta ou não tem²²¹.

²¹⁹. RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977, pp. 22 e ss e 71 e ss.

²²⁰. ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 82-87.

²²¹. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 268-269, refere “os princípios — como, aliás, as regras — só podem ser aplicados na medida do «tudo»”.

Conforme fomos referindo, cada um dos elementos da interpretação não vale por si só, nem é suficiente, em si mesmo, para determinar o sentido da lei. Ao intérprete não é permitido ficar-se apenas pela análise de um destes elementos, tem de proceder à análise de cada um deles de forma a retirar de cada um o contributo necessário e possível para alcançar o sentido da lei. Assim, deve fazer uma conjugação de todos os elementos da interpretação, retirando dessa operação um significado que não seja contrário ao texto da lei, pois como resulta do n.º 2 do artigo 9.º C.C. “*não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso*”. Trata-se, como refere LARENZ²²², “do processo de olhar para a frente e para trás, do esclarecimento recíproco, que é conhecido pelo nome de «círculo hermenêutico»”.

Assim, o intérprete deverá escolher a interpretação que tenha correspondência na letra da lei, que se apoie na evolução e justificação histórica da lei, que melhor se integre no sistema jurídico e que melhor se adequa às necessidades sociais.

4. A Interpretação das normas laborais

4.1

Analisado o significado, a importância e as regras gerais da interpretação jurídica consagradas no artigo 9.º C.C., atentemos na interpretação das normas laborais. Serão de aplicar apenas as regras gerais da interpretação a que aludimos ou existirá algum parâmetro específico do Direito do Trabalho a ter em conta nesta operação? Serão, as regras gerais da interpretação, suficientes para prosseguir aquele que, em nossa opinião, continua a ser o fim último do Direito do Trabalho?

4.2

Dado o circunstancialismo em que surgiu o princípio do tratamento mais favorável, inicialmente, diversas valências lhe eram reconhecidas, nomeadamente

enquanto fator genético e elemento conformador do juslaboralismo²²³, informando todo o Direito do Trabalho; enquanto princípio de política legislativa²²⁴, guiando o legislador na aprovação dos diplomas com relevância laboral; enquanto máxima probatória²²⁵, determinando a decisão no sentido mais favorável ao trabalhador em caso de dúvida na produção de prova; enquanto norma de conflitos²²⁶, prevalecendo a norma mais favorável em caso de conflito de fontes laborais e, enquanto regra de interpretação²²⁷, determinando a interpretação mais favorável ao trabalhador.

Na aplicação das normas laborais, vários problemas se levantam, um deles prende-se com a determinação da norma aplicável a determinada situação concreta, visto poder existir situações em que duas ou mais normas são aplicáveis; outro problema diz respeito ao apuramento do sentido da norma que se visa aplicar, ou seja, à sua interpretação. Perante tais problemas, anteriormente, de acordo com o princípio

²²³. MENEZES CORDEIRO, O princípio do tratamento mais favorável, cit., pp. 111-112 e Da situação jurídica laboral, cit., p. 55, MONTEIRO FERNANDES, O princípio do tratamento mais favorável, cit., p. 74, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática*, cit., pp. 406 e ss (428).

²²⁴. MENEZES CORDEIRO, *Manual*, cit., p. 71, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 219-220, n. 445, ANTÓNIO ARAÚJO, Princípio “Pro Operario”, cit., p. 30.

²²⁵. MENEZES CORDEIRO, *Manual*, cit., p. 71 e ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 224.

²²⁶. MENEZES CORDEIRO, *Manual*, cit., p. 73, O princípio do tratamento mais favorável, cit., pp. 114 e ss, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I*, cit., pp. 308 e ss, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 230 e ss, JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 50 e ss, LEAL AMADO, Tratamento mais favorável, cit., pp. 11-22 e *Contrato de Trabalho*, cit., pp. 51 e ss, MILENA ROUXINOL, O princípio do tratamento mais favorável, cit., pp. 159-191 e JOÃO REIS, Princípio do Tratamento mais favorável, cit., pp. 855-884.

²²⁷. ANTÓNIO ARAÚJO, Princípio “Pro Operario”, cit., pp. 35 e ss, ACÁCIO LOURENÇO, O Princípio do Tratamento Mais Favorável, cit., pp. 91-109, MONTEIRO FERNANDES, Princípio do Tratamento Mais Favorável, cit., pp. 73-93 e MENEZES CORDEIRO, Princípio do Tratamento mais favorável, cit., pp. 111-139, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática*, cit., 927-931, ANTÓNIO MOTTA VEIGA, *Direito do Trabalho*, vol. I, Lisboa, 1989, p. 174, RAÚL VENTURA, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho*, cit., p. 207. MENEZES CORDEIRO, O Princípio do Tratamento mais favorável, cit., p. 118 cita vários autores alemães que tomavam o *favor laboratoris* como uma regra de interpretação.

²²². KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., p. 452.

do tratamento mais favorável, prevaleceria a solução mais favorável ao trabalhador, contudo, atualmente, as opiniões têm divergido.

Porque o nosso tema de estudo é a interpretação das normas laborais, não obstante, a interpretação de uma norma jurídica e a sua aplicação ao caso concreto constituírem um processo unitário, abordaremos apenas o segundo problema enunciado.

4.3

A interpretação e aplicação das normas laborais foi uma das áreas em que o Direito do Trabalho desenvolveu técnicas específicas através da aplicação do princípio *favor laboratoris*²²⁸. Assim, este princípio era utilizado como um critério geral de orientação da interpretação de normas laborais, ou seja, se o intérprete se deparasse com diversos sentidos possíveis de uma norma, deveria optar por aquele que mais favorecesse o trabalhador. Foi esta a primeira dimensão que foi reconhecida ao *favor laboratoris* no anteprojecto do Código Civil de GALVÃO TELLES²²⁹. Perante a insuficiência do Direito Civil para responder à necessidade de protecção do trabalhador, em posição de inferioridade face ao empregador, pretendia-se conceder um privilégio ao trabalhador, justificado pelo desequilíbrio negocial. O *favor laboratoris* era “canção de interpretação”²³⁰, as normas laborais podiam ser finalisticamente interpretadas tendo em vista a protecção da parte mais fraca, valendo aquele princí-

pio como “*pré-juízo interpretativo*”²³¹ e, em caso de dúvida quanto ao seu sentido, deveria optar-se pelo sentido que fosse mais favorável ao trabalhador²³².

Também o artigo 13.º do Projecto da LCT de 1966 fazia referência à interpretação das normas laborais de acordo com o princípio do tratamento mais favorável, no entanto não veio a obter previsão no texto do Decreto-lei n.º 47032, de 27 de Maio de 1966 que aprovou a LCT, o que parece demonstrar a intenção do legislador de afastar o *favor laboratoris* enquanto regra de interpretação²³³. Desta forma, o princípio do *favor laboratoris* enquanto regra de interpretação nunca obteve consagração legal. No entanto, a doutrina não é unânime quanto às suas valências na interpretação das normas laborais.

A doutrina tem entendido, de forma relativamente pacífica, que a interpretação das normas laborais deve ser feita de acordo com os critérios previstos no artigo 9.º C.C.²³⁴, mas enquanto alguns autores ainda reconhecem alguma importância do *favor laboratoris* neste campo, outros simplesmente negam a sua existência, rejeitando qualquer aplicação a nível interpretativo.

Uma parte da doutrina tem defendido não ter, este princípio, qualquer aplicação ao nível da interpretação, nem mesmo em situações de dúvida. Justificam este entendimento com o facto de o Direito do Trabalho ser, atualmente, um ramo do direito autónomo e consolidado que confere maior protecção aos trabalhadores através de normas próprias. Entende esta corrente doutrinal que a aplicação deste princípio no processo interpretativo, enquanto regra geral, conduziria ao empirismo e subjetivismo na aplicação da lei, pondo em causa a certeza das decisões e a se-

²²⁸. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática*, cit., p. 927.

²²⁹. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, Contratos Cíveis, (Projecto completo de um título do futuro Código Civil Português e respectiva Exposição de Motivos), in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83, 1959, p. 169. Dispunha o §1º do artigo 7º, “Em caso de dúvida, a interpretação e aplicação das normas e usos sobre contratos de trabalho, e das respectivas cláusulas, bem como a qualificação das normas como imperativas ou dispositivas, deve fazer-se à luz do princípio do melhor tratamento do prestador de trabalho sem prejuízo da produção”.

²³⁰. Este princípio veio também a obter a designação de princípio *pro operario* e de princípio da interpretação mais favorável, *vd* ANTÓNIO ARAÚJO, Princípio “Pro Operario”, cit., pp. 35 e ss e MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., pp. 220-222 e JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do Trabalho*, Lisboa, 2003, pp. 147 e ss.

²³¹. MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 93.

²³². RAÚL VENTURA, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho*, cit., p. 207.

²³³. Neste sentido, *cfr.* ACÁCIO LOURENÇO, O Princípio do Tratamento Mais Favorável, cit., p. 96, ANTÓNIO ARAÚJO, Princípio “Pro Operario”, cit., pp. 39 e ss, MONTEIRO FERNANDES, Princípio do Tratamento Mais Favorável, cit., pp. 86-87, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 220.

²³⁴. Também em Itália, as normas laborais são interpretadas de acordo com os critérios gerais de interpretação da lei previstos no artigo 12.º das disposições sobre a lei em geral no *Codice Civile*, *vd*, GIULIANO MAZZONI, *Manuale di Diritto del Lavoro*, vol.I, 6ª ed., Milano, 1988, pp. 216-217.

gurança jurídica e por isso as normas laborais devem ser interpretadas apenas segundo as regras previstas no artigo 9.º C.C.²³⁵ ROMANO MARTINEZ refere mesmo que “o *favor laboratoris* deve ser hoje entendido numa perspetiva histórica, sem uma aplicação prática”²³⁶, ou seja, para o autor este princípio é apenas um resquício histórico.

Ainda que recusando a sua aplicação enquanto critério geral interpretativo, alguns autores reconhecem a este princípio uma função interpretativa, mas apenas ao nível da qualificação das normas laborais. O seu alcance prático seria o de “munir o intérprete da presunção (...) de que a norma a interpretar admite a especificação em mais (...), ou seja, por outras palavras, a presunção de que se trata de norma definidora de condições mínimas (...) mesmo as que não denunciam expressamente o carácter de preceitos limitativos”²³⁷, ou seja, o *favor laboratoris* atuaria como critério de apuramento da natureza dos preceitos jurídico-laborais como um princípio presuntivo²³⁸, numa operação prévia ao apuramento

do sentido da norma, não desobrigando o intérprete da busca do seu sentido de acordo com as regras gerais²³⁹.

No que diz respeito à operação de pura interpretação das normas laborais, embora entendendo não fazer sentido, face ao atual estágio de maturação do Direito do Trabalho, reconhecer a existência de um *prius* geral de interpretação da normas laborais em favor do trabalhador, alguns autores admitem ainda a sua utilização em casos de dúvida sobre o sentido a atribuir à norma, respeitando alguns limites²⁴⁰. Assim, perante a polissemia de uma determinada norma, em caso de dúvida quanto ao sentido a atribuir à mesma²⁴¹, o intérprete apenas poderá optar pelo sen-

²³⁵. MENEZES CORDEIRO, *Manual*, cit., p. 72, MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 93 e ss, BERNARDO XAVIER, *Curso*, cit., 618-620, *Manual*, cit., pp. 299-300 e ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 219-223 e Interpretação e aplicação de normas laborais (Revisitação do favor laboratoris: ativismo jurídico versus segurança jurídica), *Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. I, Lisboa, 2015, pp. 247-248 e 254. Em Espanha, MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., 222. Em França, ANTOINE JEAMMAUD, Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente, *Droit Social*, n.º 2, 1999, p. 118 entende que este princípio é, hoje, meramente doutrinal. Tem sido este o entendimento da jurisprudência, nomeadamente, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23.10.2013, disponível em www.dgsi.pt: “Este princípio considera que, em determinadas circunstâncias, vale a solução mais favorável ao trabalhador. Emanações desse princípio constam actualmente nos art. 4.º e 476.º do CT/2012 (Lei n.º 69/2013 de 30-08). Trata-se de normas que pretendem resolver conflitos de normas, aplicando-se aquela que estabeleça um regime mais favorável ao trabalhador, não se podendo no entanto generalizar esta solução como um princípio geral de interpretação”.

²³⁶. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., 221 e Interpretação e aplicação de normas laborais, cit., p. 248.

²³⁷. MONTEIRO FERNANDES, *Princípio do Tratamento Mais Favorável*, cit., p. 92.

²³⁸. MOTTA VEIGA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 176, MONTEIRO FERNANDES, *Princípio do Tratamento Mais Favo-*

rável, cit., pp. 91-92, MILENA SILVA ROUXINOL, O princípio do tratamento mais favorável, cit., pp. 175-176, n. 45, referindo que “o princípio presuntivo (...) deve ter-se, por conseguinte, como uma espécie de elemento mediador entre a interpretação das normas laborais e essa ratio material subjacente à respectiva elaboração”. ACÁCIO LOURENÇO, O Princípio do Tratamento Mais Favorável, cit., pp. 99 e 104, “aquele princípio não pode ser invocado para justificar a opção pelo entendimento mais favorável ao trabalhador, em casos de dúvida insalvável. Todavia, nada impede que o verdadeiro sentido da norma (...) seja o de conseguir uma solução mais benéfica para o trabalhador”.

²³⁹. MONTEIRO FERNANDES, *Princípio do Tratamento Mais Favorável*, cit., p. 92, n. 21, “o favor laboratoris desempenha pois a função de um *prius* relativamente ao esforço interpretativo, não se integra nele”.

²⁴⁰. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática*, cit., 926 e ss e *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I*, cit., p. 303, VÍTOR NUNES DE ALMEIDA, A Aplicação do Direito do Trabalho — Algumas questões, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, 1985, pp. 719-753 (746), MANUEL ALONSO OLEA / MARIA EMILIA CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Madrid, 2009, pp. 1200-1201, ANTÓNIO ARAÚJO, Princípio “Pro Operario”, cit., p. 46. JOÃO LEAL AMADO, O Papel da Jurisprudência, cit., pp. 219-229 pugna pela aplicação deste princípio no preenchimento de conceitos indeterminados. RAÚL VENTURA, *Teoria da Relação Jurídica de Trabalho*, cit., p. 207 entendia dever aplicar-se este princípio no campo da interpretação, mas só numa medida muito restrita, afirmando “Acima dele deve colocar-se o escopo do conseguimento do justo equilíbrio dos interesses das partes. (...) Há que procurar a solução mais justa e razoável que pode porventura coincidir com o mais favorável tratamento do trabalhador”.

²⁴¹. MOZART VICTOR RUSSOMANO, *Aspectos da Hermenêutica do Direito do Trabalho, Temas de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1990, p. 592.

tido mais favorável ao trabalhador se, no caso concreto, existir efetivamente necessidade de proteção do trabalhador enquanto parte mais débil.

4.4

Quanto a nós, concordamos com a doutrina que defende a não utilização do princípio do tratamento mais favorável, ou mais propriamente, do princípio *pro operario*²⁴² como cânone geral de interpretação das normas laborais.

Desde logo, a sua aplicação neste sentido nunca obteve, entre nós, consagração legal, apesar de ter constado do projeto do Código Civil de GALVÃO TELLES e do projeto da LCT de 1966, a verdade é que tal intenção nunca passou de um projeto. Parece-nos ser de concluir que foi intenção do legislador não permitir a utilização deste princípio como critério geral de interpretação. Assim, não existe qualquer suporte legal que nos permita afirmar a vigência de um tal princípio a nível interpretativo.

Além disso, o surgimento do princípio do *favor laboratoris* e a possibilidade de o utilizar como regra geral de interpretação, deu-se num momento em que se concluiu pela insuficiência das normas de Direito Civil para regular uma relação caracterizada pela desigualdade de posições do trabalhador e do empregador, em que aquele está subordinado a este e sem autonomia negocial, visto que o Direito Civil está formatado para regular relações jurídicas cujas partes estão em posição de igualdade. Assim, num momento em que a legislação laboral começava a dar os seus primeiros passos, mas em que ainda não existia um ramo do direito autónomo e consistente que protegesse a parte mais fraca, havendo que recorrer ainda aos preceitos do direito civil, o *favor laboratoris* surgiu como meio de combate à desproteção do trabalhador na relação laboral, como forma de o compensar pelo desequilíbrio contratual. Com efeito, nesse momento histórico, o *favor laboratoris* enquanto regra geral de interpretação das normas laborais fazia todo o sentido, dado o objetivo protecionista

que esteve na origem do Direito do Trabalho, que não obtinha reflexo nas normas de direito civil que eram aplicadas às relações laborais²⁴³.

Acontece que, com a evolução legislativa, o Direito do Trabalho acabou por autonomizar-se do Direito Civil e transformou-se num ramo jurídico consistente e coerente, todo ele orientado no sentido da proteção do trabalhador, conferindo essa proteção através da previsão do regime da relação laboral em normas próprias. Ora, assim deixa de fazer sentido interpretar favoravelmente ao trabalhador preceitos que já visam a sua proteção, é por isso que ROMANO MARTINEZ afirma “retomar a ideia tradicional do *favor laboratoris* é um contrassenso”²⁴⁴. A isto acresce o facto de o Direito do Trabalho atual, não ser já aquele ramo do direito de classe, de caráter unilateral, destinado apenas à proteção do trabalhador e estar a tornar-se cada vez mais num ramo do direito de caráter com-promissório²⁴⁵ em que são tidos em conta, além dos interesses dos trabalhadores, também os interesses de gestão dos empregadores. O Direito do Trabalho é hoje confrontado com a necessidade de assegurar a proteção do trabalhador face aos riscos inerentes ao trabalho subordinado mas, simultaneamente, tem de atender à necessidade de adaptação das empresas às mudanças económicas e tecnológicas²⁴⁶.

²⁴². ANTÓNIO ARAÚJO, Princípio “Pro Operario”, cit., pp. 46 e ss. O autor autonomiza este princípio *pro operario* em relação ao princípio do tratamento mais favorável, alertando para a necessidade de diferenciar a questão do conflito hierárquico de normas, do conflito de interpretações sobre o sentido da norma.

²⁴³. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 219–220, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática*, cit., pp. 927 e ss e *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I*, cit., p. 303, GUILHERME DRAY, *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 438.

²⁴⁴. ROMANO MARTINEZ, Interpretação e aplicação de normas laborais, cit., p. 253 e *Direito do Trabalho*, cit., p. 221, refere ainda “É, um absurdo que, existindo normas especificamente destinadas a proteger o trabalhador, se vá interpretá-las num sentido mais favorável ao próprio trabalhador”.

²⁴⁵. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I*, cit., pp. 135 e 303 e BERNARDO XAVIER, *Manual*, cit., p. 299, referindo “O Direito do Trabalho actual está profundamente inspirado pelos interesses gerais, pois define afinal a expressão do factor trabalho no mundo socio-político, na economia e na organização da empresa. (...) Muitas vezes o interesse geral impõe soluções flexibilizadoras e menos garantísticas do que as anteriormente vigentes. E há, cada vez mais, que atender a posição daqueles que não têm trabalho (...) Ora estes valores são dificilmente ponderáveis por um critério interpretativo desintegrador e acanhado como o *favor laboratoris*”.

²⁴⁶. FRANÇOISE FAVENNEC-HÉRY / PIERRE-YVES VERKINDT, *Droit du Travail*, 2^a ed., Paris, 2009, p. 29.

Tal como concluímos *supra*, para garantir certeza, segurança e previsibilidade no processo de realização do Direito há que rejeitar o subjetivismo sendo necessários critérios de interpretação em conformidade com os quais o intérprete se possa guiar, não deixando ao arbítrio do intérprete a determinação do sentido da norma²⁴⁷, por isso se permitíssemos que o *favor laboratoris* atuasse como critério geral de interpretação estaríamos a introduzir no processo interpretativo, um novo elemento subjetivo de interpretação e com isso a potenciar a subjetivação do processo de aplicação do Direito e o empirismo, podendo culminar em decisões injustas. Nem todas as normas do Direito do Trabalho têm em vista apenas e só a proteção do trabalhador, existem normas laborais que por vezes têm em conta também interesses de gestão empresarial e até interesses gerais, *v.g.* políticas de emprego²⁴⁸, portanto interpretar, forçosamente, estas normas no sentido mais favorável ao trabalhador poderia levar a decisões injustas e desconformes à verdadeira *ratio* da norma.

Como ficou exposto, alguma doutrina defendeu e defende ainda hoje, em termos mais restritos²⁴⁹, a utilização do princípio do *favor laboratoris* em caso de dúvida quanto ao sentido a atribuir à norma a interpretar, baseando-se no entendimento de que o *favor laboratoris* se apresenta como uma projeção interpretativa da própria fonte a interpretar²⁵⁰, o que

levaria o intérprete a interpretar a norma de acordo com o seu objetivo. Desta forma, o *favor laboratoris* não era considerado uma regra geral de interpretação, mas para que atuasse teriam de verificar-se dois pressupostos: subsistirem dúvidas quanto ao sentido a atribuir à norma a interpretar e essa norma compreender o objetivo de tutela do trabalhador.

Esta posição foi criticada por MONTEIRO FERNANDES²⁵¹ que, a propósito do projeto da LCT de 1966 questionava qual o grau de dúvida a exigir para que o princípio do tratamento mais favorável pudesse ser aplicado. Questão que, a nosso ver, se mantém atual. Esta solução não conferirá ainda uma certa margem de subjetividade e arbitrariedade à interpretação das normas laborais? Além disso, uma interpretação assente no espírito global do regime poderia conduzir a injustiças, pois como já referimos, atualmente, o Direito do Trabalho assume cada vez mais um caráter compromissório²⁵².

Ora, perante a exigência dos pressupostos referidos, a solução preconizada afigura-se de aplicação complexa e até contraditória, pois se da interpretação da norma resultar o objetivo de tratamento mais favorável ao trabalhador, não faz sentido utilizar esse objetivo para optar por um dos sentidos possíveis dessa norma. Aliás, o apuramento do objetivo de tratamento mais favorável sempre resultaria da interpretação feita de acordo com as regras gerais do artigo 9.º C.C.²⁵³.

²⁴⁷. KARL LARENZ, *Metodologia*, cit., p. 450.

²⁴⁸. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 222 e Interpretação e aplicação de normas laborais, cit., p. 251, MENEZES CORDEIRO, *Manual*, cit., p. 72, GUILHERME DRAY, *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 439, MENEZES LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 93 e ss e MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., 221, referindo o autor “Com todo, la presencia de este principio y de sus derivaciones no deja de producir cierta peligrosa inseguridad y ambigüedad en la aplicación del Derecho del Trabajo”.

²⁴⁹. A admitir a utilização do *favor laboratoris* nos casos de dúvida, mas de forma restrita, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I*, cit., p. 303, entende que “em caso de dúvida sobre o sentido a atribuir à norma, apenas será de adoptar o sentido que mais favoreça o trabalhador se, no caso concreto, se observar a necessidade de protecção do trabalhador como parte mais fraca”.

²⁵⁰. MENEZES CORDEIRO, *Manual*, cit., p. 71. Inicialmente, também o autor parecia atribuir uma função hermenêutica ao *favor laboratoris* nestes termos, no entanto, posteriormente, veio a rever a sua posição, negan-

do autonomia à função interpretativa deste princípio, apoiando-se na análise da experiência histórica alemã e numa conceção unitária do processo de realização do Direito. *Vd* MENEZES CORDEIRO, *O Princípio do Tratamento mais favorável*, cit., pp. 118-122, 130-137.

²⁵¹. MONTEIRO FERNANDES, *Princípio do Tratamento Mais Favorável*, cit., p. 85.

²⁵². Neste sentido, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 222 e Interpretação e aplicação de normas laborais, cit., p. 251, entendendo que mesmo nestes casos estamos perante uma solução sem base legal que pode conduzir ao subjetivismo e à incerteza, negando a possibilidade de interpretação mais favorável ao trabalhador mesmo em casos de dúvida.

²⁵³. Com posições mais mitigadas, *vd* VÍTOR NUNES DE ALMEIDA, *A Aplicação do Direito do Trabalho*, cit., p. 746, limitando a atuação do *favor laboratoris* apenas nos casos de dúvida “radical” ou “irredutível” e admitindo cedência do ideal de proteção quando entre em conflito com interesses superiores da comunidade. Também, ANTÓNIO ARAÚJO, *Princípio “Pro Operario”*, cit., 46-47, defendendo a aplicação do *favor laboratoris* como

Assim, atendendo ao “carácter compromissório” do Direito do Trabalho atual, “não faz sentido reconhecer a existência de um *prius* geral de interpretação das fontes laborais em favor do trabalhador”²⁵⁴, portanto as normas laborais deverão ser interpretadas de acordo com as regras gerais do artigo 9.º C.C. ponderando os elementos de interpretação aí previstos.

4.5

No entanto, o princípio do *favor laboratoris* não é apenas um resquício histórico²⁵⁵, nem se reconduz apenas ao princípio civil do *favor debitoris*²⁵⁶, como defendem alguns autores. Ele tem outras valências e aplicações, nomeadamente no que respeita à resolução dos problemas na relação entre fontes laborais, mas também, a nosso ver, no campo da interpretação das normas laborais, onde entendemos que o mesmo, apesar de não operar como regra geral de interpretação, não pode ainda assim, ser totalmente ignorado.

Não obstante o abrandamento que se verificou no vigor do princípio da proteção inerente ao Direito do Trabalho, este ramo do direito continua a prosseguir o seu intuito e a sua missão de garantir maior proteção aos trabalhadores subordinados, é isso mesmo que resulta do espírito das suas normas, pois se assim não fosse as mesmas não fariam sentido, dado que a maior parte pressupõe a desigualdade de poder entre empregador e trabalhador²⁵⁷. Como ensina BAPTISTA MACHADO “não são as exceções a um princípio, por muito numerosas que sejam, que o fazem desaparecer como princípio, enquanto subsistir o fundamento

que lhe confere valor normativo”²⁵⁸. Assim, o princípio da proteção continua vigente e a prosseguir a sua finalidade que é a justiça social no âmbito da relação laboral, não com o mesmo vigor inicial mas, ainda assim, esse continua a ser o seu fim último, pois “a relação laboral é ainda hoje, tal como foi ontem, uma relação de poder-sujeição, em que a liberdade de uma das partes aparece susceptível de ser feita perigar pelo maior poder económico e social da outra”²⁵⁹.

O princípio da proteção está na génese do Direito do Trabalho, é o seu princípio fundador e trave mestra de toda a sua estrutura. O valor da proteção é também desenvolvido e concretizado em diversos princípios gerais do Direito do Trabalho, quer no âmbito do direito das situações laborais individuais, quer no das situações laborais coletivas, através do princípio da compensação da posição devedora complexa das partes no vínculo laboral que, por sua vez, se desdobra em princípios menores com o intuito de garantir o carácter compromissório do Direito do Trabalho; o princípio da autonomia coletiva e o princípio da autotutela²⁶⁰.

Este princípio da proteção resulta, em primeira linha, da CRP, da denominada Constituição Laboral, constituída pelos artigos 53.º a 57.º, 58.º e 59.º. Com este conjunto de regras, o legislador constitucional, sensível à situação de inferioridade dos trabalhadores, estabeleceu um padrão mínimo de proteção, elevando os seus direitos à categoria constitucional, preservando a sua dignidade e visando a melhoria da sua condição social, pois sendo a dignidade humana o mais imprescritível dos valores do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais em que esta se traduz não podem deixar de constituir um limite intransponível para a autonomia da vontade, a liberdade negocial e os poderes do empregador²⁶¹. Como referem

orientador apenas quando surgirem sérias dúvidas, não devendo a dificuldade de graduação da “seriedade das dúvidas” levar à aplicação indiferenciada ou “cega” do princípio. Entende também que o princípio deve funcionar apenas como modelo decisório adequado às realidades e reconhece ainda uma função negativa a este princípio, a de afastar os entendimentos gritantemente desfavoráveis ao trabalhador.

²⁵⁴. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I*, cit., p. 267.

²⁵⁵. BERNARDO XAVIER, *Curso*, cit., p. 619 e ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 222.

²⁵⁶. MENEZES CORDEIRO, Da situação jurídica laboral, cit., pp. 928 e ss e ROMANO MARTINEZ, *Interpretação e aplicação de normas laborais*, cit., p. 249.

²⁵⁷. JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho- Relações Individuais de Trabalho*, vol. I, Coimbra, 2007, pp. 20-21.

²⁵⁸. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 13ª reimpr., Coimbra, 2002, p. 241.

²⁵⁹. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A Autonomia do Direito do Trabalho*, cit., p. 413.

²⁶⁰. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática*, cit., pp. 967 e ss.

²⁶¹. JOSÉ JOÃO ABRANTES, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 41 e ss e *A Autonomia do Direito do Trabalho*, cit., p. 422, frisando “Sem menosprezar a importância que um mínimo de flexibilidade tem em qualquer sistema produtivo, a Constituição laboral portuguesa repudia de forma clara a lógica de que as exigências económicas devam

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “do que se trata é justamente de assegurar os direitos da parte dependente na relação de trabalho, desde logo perante o empregador”²⁶².

O próprio Tribunal Constitucional reconhece a existência do princípio da proteção, mais propriamente do princípio do tratamento mais favorável ou *favor laboratoris*, o qual tem sido utilizado para fundamentar as suas decisões, nomeadamente no Acórdão n.º 338/2010, de 22 de Setembro²⁶³ no qual refere “não há dúvida que o conjunto dos direitos dos trabalhadores associados à ideia de democracia económica, social e cultural, nos conduzem a afirmar que a Constituição pretende dar um «tratamento favorável», uma especial proteção àquelas pessoas que trabalham num vínculo de subordinação, vivendo e alimentando-se a si e às suas famílias geralmente com base na retribuição resultante desse trabalho. É esta ideia que justifica a generalidade dos direitos e garantias dos trabalhadores e a uma tal ideia justificadora poderemos chamar princípio do tratamento mais favorável”, portanto, o Tribunal Constitucional aceita o princípio como uma “ideia justificadora” da proteção especial conferida aos trabalhadores, reconhecendo que o princípio do tratamento mais favorável decorre da CRP.

Significativo a este respeito é também a declaração de voto da ex-Conselheira HELENA BRITO no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 306/2003, de 25 de Junho²⁶⁴, na qual considera que embora este princípio não tenha consagração expressa na CRP, o mesmo não pode deixar de se considerar um elemento estruturante da Constituição laboral portuguesa, considera a ex-Conselheira que “do princípio do Estado Social consagrado na Constituição Portuguesa é possível retirar o «princípio do tratamento mais favorável do trabalhador» (...) Tal significa que as várias injunções constitucionais no domínio laboral devem interpretar-se no sentido de que estabelecem uma

tutela mínima (...) Os direitos atribuídos pela lei aos trabalhadores, enquanto garantias da dignidade e da liberdade dos trabalhadores, terão de ser acautelados, devendo ser considerados como limites ao exercício dos poderes patronais”.

Tendo o princípio da proteção alcançado um patamar constitucional e constituído a essência do Direito do Trabalho, o princípio do *favor laboratoris* é uma manifestação deste princípio, que continua vigente com a missão de assegurar a proteção dos trabalhadores subordinados.

4.6

Atualmente, o princípio do tratamento mais favorável, embora não funcione como regra geral de interpretação, desempenha um papel importante no momento da interpretação das normas laborais. Ele vem acrescentar às regras gerais de aplicação do Direito, entre as quais se incluem as regras de interpretação, uma particularidade do Direito do Trabalho. Como afirma MONTAÑA MELGAR, “*el hecho de que la aplicación de las normas laborales se efectúe de acuerdo con las técnicas comunes sobre aplicación del Derecho, no impide la existencia de peculiaridades, congruentes con la singularidad del ordenamiento jurídico-laboral. (...) en efecto, las específicas finalidades perseguidas por el Derecho del Trabajo se traducen en el establecimiento de principios informadores característicos de este sector del Ordenamiento, que inspiran toda la legislación laboral*”²⁶⁵.

Na medida em que o princípio da proteção está na génese deste ramo do direito, informando todo o sistema juslaboral, nele se baseando os direitos fundamentais dos trabalhadores previstos na CRP, ele funcionará como um “influxo interpretativo na busca de soluções concretas”²⁶⁶.

Assim, na operação de interpretação, o *favor laboratoris* terá uma dupla função. Num primeiro momento atuará contribuindo para formar a pré-compreensão do intérprete que, conhecendo o sistema juslaboral, ao partir para a tarefa interpretativa terá já como dado assente o facto do Direito do Trabalho visar a proteção do trabalhador subordinado e de as

obter resposta, se necessário, à custa desses direitos dos trabalhadores”.

²⁶². J.J. GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol.I, Coimbra, 2007, p. 706.

²⁶³. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Também a fundamentar, parte da sua decisão, com este princípio, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 794/13, de 21 de Novembro, disponível no mesmo sítio online.

²⁶⁴. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

²⁶⁵. MONTAÑA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., p. 214.

²⁶⁶. GUILHERME DRAY, *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 441.

suas normas serem tendencialmente protecionistas. Não funcionará como uma imposição de interpretação mais favorável, mas antes como elemento argumentativo, permitindo, desde logo, afastar a interpretação que seja completamente desfavorável ao trabalhador e contrária ao princípio da proteção. No entanto, como deixámos já exposto *supra*, há que analisar a *ratio* da norma a interpretar, pois não podemos esquecer o atual carácter compromissório do Direito do Trabalho, visando conciliar os interesses do trabalhador com os interesses de gestão empresarial e os interesses gerais. Mas essa é tarefa que tem lugar no segundo momento referido, em que o intérprete procederá à interpretação de acordo com os elementos previstos no artigo 9.º C.C. para a apurar o sentido da norma a interpretar.

Neste segundo momento, da interpretação propriamente dita, em que o intérprete se socorre dos elementos literal, histórico, sistemático e teleológico, previstos no artigo 9.º C.C., o *favor laboratoris* também não é, de todo, irrelevante. Ele assume especial importância, sendo incontornável na análise dos elementos histórico, sistemático e teleológico.

Na análise do elemento histórico, o intérprete não poderá ignorar este princípio, pois apesar de no Direito do Trabalho já não existirem necessidades que justifiquem um regime tão exigente e imperativo com intuito protecionista da parte mais fraca, pelas razões já expostas relacionadas com toda a evolução social, económica e tecnológica, o que é facto é que o circunstancialismo em que surgiram a maioria das normas laborais está associado a este princípio e a própria evolução histórica das normas continua a ter sempre subjacente a necessidade de proteção do trabalhador.

Do elemento sistemático resulta inequivocamente o intuito protecionista do Direito do Trabalho, aliás o princípio da proteção é um dos princípios que justificou a autonomia dogmática deste ramo do direito²⁶⁷. Ainda que com um vigor diminuído, ele continua a existir e a desempenhar as suas funções, os trabalhadores continuam a precisar de proteção, pois qualquer que sejam as circunstâncias em que o trabalho seja prestado existe sempre subordinação jurídica e portanto há sempre um nível de desigualdade entre as partes da relação laboral, motivo que justifica o princípio da proteção (princípio do tratamento mais

favorável). Atendendo à unidade do sistema jurídico e mais precisamente do sub-sistema juslaboral, o intérprete terá de ter em conta a sua dogmática²⁶⁸, a qual por sua vez também vem informada e justificada por aquele princípio da proteção do trabalhador.

Por último, através do elemento teleológico, conciliando-o com os demais elementos, ponderando os interesses em presença e atendendo ao atual carácter compromissório do Direito do Trabalho, o intérprete deverá descortinar qual é afinal a *ratio* da norma²⁶⁹, tendo sempre presente que a teleologia das normas laborais é proteger o trabalhador. Portanto, se esse não for o objetivo da norma a interpretar, da conciliação dos vários elementos de interpretação resultará a sua *ratio*. Se, efetivamente, a *ratio* da norma for a proteção do trabalhador, através destes três elementos da interpretação, essa proteção estará assegurada, pois saltará à vista do intérprete.

Desta forma, o princípio da proteção deve ser tido em consideração de acordo com o artigo 9.º C.C., não devendo a interpretação cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir do texto da lei, o pensamento legislativo, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada. Não se pretende afastar a solução legal, mas apenas aplicar a solução mais favorável ao trabalhador quando essa seja, efetivamente, a *ratio* da norma que se pretende aplicar²⁷⁰, portanto não podemos negar utilidade ao princípio do *favor laboratoris*, dado que ele continua a ter alguma relevância na interpretação das normas laborais, ainda que não seja um elemento de interpretação.

²⁶⁸. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito*, cit., pp. 416–417.

²⁶⁹. JOSÉ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 149, refere “(...) deve todavia ter-se em consideração que a defesa da posição jurídica dos trabalhadores constitui uma indicação da típica intencionalidade normativa das normas laborais. Esta indicação teleológica aponta um primeiro caminho para interpretar, principalmente, normas menos claras”.

²⁷⁰. Contrariamente, ROMANO MARTINEZ, *Interpretação e aplicação de normas laborais*, cit., p. 253, referindo “A invocação de princípios — como o *favor laboratoris* — tendo em vista não aplicar a solução legal contraria a Ciência do Direito. De facto, o ativismo jurídico que procura a solução mais adequada ao trabalhador assenta numa fusão entre direito e moral contrária à Ciência do Direito”.

²⁶⁷. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática*, cit., pp. 974–977

LEAL AMADO questionou-se sobre o funcionamento do princípio *in dubio pro operario* como regra de hermenêutica laboral na delimitação do conteúdo/extensão de conceitos indeterminados laborais²⁷¹ os quais, a par das cláusulas gerais, abundam nas normas laborais, gerando a insegurança e incerteza jurídicas²⁷². Desta forma, parece-nos que se justifica determinar o conteúdo dos conceitos indeterminados atendendo a valorações decorrentes do princípio do *favor laboratoris*, mas já não nos parece correto vigorar aqui um princípio *in dubio pro operario* no sentido de se atribuir sempre o conteúdo mais favorável, pois o conteúdo normativo destes conceitos deve ser preenchido caso a caso.

Em suma, não vigorando o *favor laboratoris* como cânone interpretativo, ainda assim, continua a desempenhar um importante papel na operação de interpretação das normas laborais, visto que o princípio da proteção subjaz ao Direito do Trabalho. No entanto, na interpretação destas normas não devem retirar-se conclusões precipitadas no sentido da proteção da parte mais fraca, antes há que percorrer todos os elementos de interpretação, previstos no artigo 9º C.C., com vista ao apuramento do verdadeiro sentido da norma e, se ainda persistirem dúvidas, há ainda que apurar se, efetivamente, há necessidade de tutela do trabalhador²⁷³. Nem existe com esta aplicação

do princípio do tratamento mais favorável, qualquer violação do princípio da igualdade consagrado na nossa CRP, pois a igualdade aí postulada não consiste em tratar de modo igual todas as situações, mas antes em tratar de modo desigual situações que também são desiguais, é o que acontece no Direito do Trabalho, cuja relação laboral é caracterizada pela posição desigual das partes. Assim, estando perante um esquema legal e constitucional de proteção ao trabalhador, o princípio do tratamento mais favorável não pode deixar de ser considerado, dentro dos limites referidos *supra*. Conclusão que vale, igualmente, para a interpretação das normas de uma convenção coletiva.

4.7

Estreitamente ligado ao tema objeto de estudo, está o problema da interpretação das convenções coletivas, ao qual não podemos deixar de fazer uma breve referência.

Tratando-se de um instrumento, fonte do Direito do Trabalho, ao serviço da autonomia coletiva característica deste ramo do direito, só através da interpretação das normas que compõem as convenções coletivas é possível determinar a sua razão de ser.

Embora o debate quanto à sua natureza jurídica não seja pacífico, confrontando-se as teorias contratuálistas, as teorias publicistas e as teorias ecléticas²⁷⁴, facto é que a convenção coletiva resulta de um “fenómeno de autorregulamentação de interesses”²⁷⁵ alcançado através de um processo negocial entre sujeitos coletivos (associações sindicais e associações de empregadores ou o empregador). Estes instrumentos de regulamentação coletiva revestem grande complexidade devido ao seu duplo conteúdo, comportando um conteúdo obrigacional que regula as relações entre os seus outorgantes; e um conteúdo normativo

julgador deve estar vivendo o que chamo o impasse da dúvida essencial”.

²⁷¹. JOÃO LEAL AMADO, O Papel da Jurisprudência, cit., p. 224.

²⁷². BERNARDO XAVIER, Alguma notas elementares sobre a justiça do trabalho, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 2007, p. 27. A propósito da segurança jurídica no Direito do Trabalho, BERNARD TEYSSIE, Sur la sécurité juridique en droit du travail, *Droit Social*, nº 7/8, 2006, pp. 703-706.

²⁷³. Ao contrário de nós, no Brasil, a maioria da doutrina parece aceitar o princípio *in dubio pro operario*, *vd* ARNALDO SÜSEKIND, *Curso de Direito do Trabalho*, 2ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo-Recife, 2004, pp. 267-268; MAURÍCIO GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, 9ª ed., São Paulo, 2010, pp. 184-186 e 196-198; ALICE MONTEIRO DE BARROS, *Curso de Direito do Trabalho*, 2ª ed., São Paulo, 2006, pp. 135-136; VÓLIA BONFIM CASSAR, *Princípios Trabalhistas, Novas Profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas*, Niterói, RJ, 2010, pp. 115-116 e MOZART RUSSOMANO, *Aspectos da Hermenêutica*, cit., p. 592 que refere “o princípio *in dubio pro operario* é o expediente exegético a que se recorre para superar a hesitação subjectiva do intérprete, especialmente do juiz. Mas não basta que haja, apenas, hesitação: o espírito do

²⁷⁴. Para as teorias contratuálistas, a convenção coletiva enquadra-se nas regaras do negócio jurídico; as teorias publicistas equiparam a convenção coletiva à lei; e as teorias ecléticas consideram a convenção coletiva um híbrido entre o contrato e a lei. Para mais desenvolvimento, *vd* ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 1147, autor que parece seguir a teoria contratuálista.

²⁷⁵. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 187 e 1125.

que regula as relações laborais atuais ou futuras entre os seus outorgantes. Por isso, assume especial relevância a questão da interpretação das convenções coletivas.

Atendendo a este seu duplo conteúdo, o problema que se levanta é o de saber se a interpretação deve ser realizada nos termos do artigo 9.º C.C., tal como a interpretação da lei, de acordo com uma conceção mais objetivista e atualista; ou se, pelo contrário, deve ser realizada à luz dos artigos 236º e ss do C.C., que consagram uma conceção mais subjetivista para regular a interpretação das declarações negociais²⁷⁶. A este propósito, a doutrina tem-se dividido, entendendo a doutrina maioritária que a interpretação das convenções coletivas deve seguir um critério unitário aplicando-se as regras gerais de interpretação da lei²⁷⁷; já outra parte da doutrina segue um critério dualista que atende às regras gerais de interpretação da lei previstas no artigo 9.º C.C. para a interpretação das cláusulas com conteúdo normativo e aos critérios estabelecidos no artigo 236º C.C. para determinar o sentido das cláusulas com conteúdo obrigacional²⁷⁸.

²⁷⁶. À qual está subjacente a teoria da impressão do destinatário, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil I*, 4ª ed., Coimbra, 2014, pp. 717 e ss.

²⁷⁷. Com este entendimento, MENEZES CORDEIRO, *Manual*, cit., pp. 305-307, JOSÉ BARROS MOURA, *A Convenção Coletiva entre as Fontes de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1984, p. 157, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Tratado de Direito do Trabalho, Parte I*, cit., p. 306 e GUILHERME DRAY, *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 444. Na jurisprudência, vd nomeadamente os Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 22.01.1992, Boletim do Ministério da Justiça, 413, p. 377, de 10.11.1993, Colectânea de Jurisprudência (STJ), 1993, III, pp. 291 e ss e de 09.11.1994, Colectânea de Jurisprudência (STJ), 1994, III, p. 284.

²⁷⁸. Neste sentido, ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., pp. 1139-1140 e BERNARDO XAVIER, *Manual*, cit., p. 300, no entanto, este autor apesar de defender a aplicação, com adaptações, das regras de interpretação do negócio jurídico, admite que “nem sempre é fácil encontrar a vontade real, tanto mais que a própria ambiguidade do texto é pretendida pelas partes” e não sendo a convenção coletiva apenas uma “lei entre as partes”, podendo ser aplicada a quem não a negociou nem outorgou, devem aplicar-se as regras de interpretação do artigo 9.º C.C., tendo em conta “o carácter objectivo das cláusulas das CCT”. Também na jurisprudência, vd o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19.04.2012, disponível em www.dgsi.pt.

Quanto a nós, seguimos a posição da doutrina maioritária, entendendo que a interpretação das convenções coletivas deve obedecer às regras gerais de interpretação da lei previstas no artigo 9.º C.C., pois atendendo ao objetivo que se pretende alcançar com a negociação coletiva, que é a regulação das relações laborais, é o conteúdo normativo da convenção coletiva que assume maior relevância, “assumindo o conteúdo obrigacional uma natureza puramente instrumental e funcionalizada à prossecução desse objectivo”²⁷⁹, assim o conteúdo obrigacional é apenas um meio para chegar ao fim que é a regulação das relações laborais, para dar voz à autonomia coletiva.

Sendo a convenção coletiva uma fonte de Direito do Trabalho, de conteúdo essencialmente normativo, deve ser interpretada de acordo com as regras gerais de interpretação da lei que prosseguem uma orientação objetivista, garantindo maior segurança jurídica, ao contrário do subjetivismo presente nas regras de interpretação do negócio jurídico. A isto acresce o facto de o princípio da filiação comportar exceções, pois apesar de serem, primordialmente, aplicáveis aos seus outorgantes à luz do princípio da filiação, havendo uma portaria de extensão, a convenção coletiva passa a vigorar quer nas relações laborais estabelecidas entre os seus outorgantes, quer nas relações laborais de quem não a negociou nem outorgou. Assim, não vislumbramos como coadunar a interpretação das convenções coletivas de acordo com as regras de interpretação do negócio jurídico com estas situações em que se verifica a sua eficácia externa, aplicando-se a quem não a negociou nem outorgou.

Desta forma, também as convenções coletivas devem ser interpretadas de acordo com as regras gerais de interpretação da lei previstas no artigo 9º C.C., atendendo a todos os elementos de interpretação aí previstos e já abordados anteriormente. Contudo, atendendo à sua especificidade, são previstas algumas particularidades na sua interpretação, designadamente, a interpretação por comissões paritárias, prevista no n.º 3 do artigo 492º CT e o processo especial de interpretação judicial de cláusulas de convenção coletiva, previsto nos artigos 180º e ss do Código de Processo do Trabalho.²⁸⁰

²⁷⁹. GUILHERME DRAY, *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 444.

²⁸⁰. ROMANO MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., 1140 e GUILHERME DRAY, *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 445.

Na sequência desta conclusão, resta aferir se terá aqui aplicação enquanto critério geral de interpretação, o princípio do *favor laboratoris*. A este propósito, JÚLIO GOMES afirma “não cabe invocar o pretensão princípio do tratamento mais favorável dos trabalhadores (...) como princípio hermenêutico – tal princípio não existe entre nós, mesmo na interpretação do contrato de trabalho ou da lei, mas seria particularmente inadequado no domínio da contratação colectiva, domínio por excelência da autonomia negocial colectiva em que se espera que as soluções contratuais resultem da composição de interesses colectivos contrapostos”²⁸¹.

Pelos motivos já expostos, entendemos que, também na interpretação das convenções coletivas, o princípio do *favor laboratoris* não opera como critério geral de interpretação no sentido de retirar-se da norma a interpretação mais favorável ao trabalhador. Contudo, tal como referimos *supra*, também aqui, este princípio não poderá deixar de ser tido em consideração aquando da análise dos elementos histórico, sistemático e teleológico da interpretação pois, muitas vezes, algumas normas constantes de uma convenção coletiva limitam-se a reproduzir as normas legais ou são negociadas dentro dos limites legais aos quais está subjacente o princípio da protecção do trabalhador. Mas, neste campo, o princípio do *favor laboratoris* manifesta-se ainda através das normas convénio-dispositivas, as quais, nos termos do n.º 5 do artigo 3.º CT, podendo ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, não o podem ser através do contrato de trabalho.

5. Conclusão

- I. Na sequência do progresso da Revolução Industrial e dos ideais de liberdade e igualdade proclamados na Revolução Francesa, assistindo-se à degradação das

condições de trabalho a culminar na questão social e ficando claro que as normas civis eram insuficientes para resolver os problemas das relações laborais, entre o final do séc. XIX e o início do séc. XX, surgiu o Direito do Trabalho como o “direito da desigualdade” com o objetivo de proteger a parte mais fraca da relação laboral.

- II. A partir da década de setenta, a evolução empresarial e tecnológica trouxe grandes mudanças no mundo laboral, criando instabilidade no Direito do Trabalho, colocando em causa a sua orientação protetiva e garantística, e assistiu-se à diminuição dessa tendência protetiva e ao surgimento de necessidades de flexibilização, questionando-se a vigência do princípio do tratamento mais favorável, essencialmente, enquanto critério de interpretação das normas laborais.
- III. Aquando do seu surgimento, o *favor laboratoris* permitia salvaguardar a tutela dos trabalhadores, nomeadamente operando na interpretação e na aplicação das normas laborais. No entanto, com a evolução sociológica e jurídica veio a demonstrar-se desadequado e demasiado rígido. Apesar de não ter obtido consagração legal a sua aplicação na interpretação das normas laborais foi sempre debatida.
- IV. A interpretação das fontes é sempre necessária e imprescindível para a determinação das regras aí consagradas, competindo ao intérprete retirar, do texto polissémico, o sentido da norma com vista a alcançar a justiça e a garantir a segurança e certeza jurídicas. Papel importante assume aqui a pré-compreensão do intérprete.
- V. Relativamente à finalidade da interpretação, confrontado com a existência de duas teorias (subjetivista e objetivista), o nosso legislador parece não ter querido tomar posição por uma delas, optando por consagrar uma solução de carácter ambíguo no artigo 9.º C.C., que contém elementos de orientação subjetivista e objetivista.
- VI. Com vista a conferir maior segurança ao sentido da lei, não deixando ao arbítrio do intérprete a sua determinação, o intérprete deve guiar-se pelos critérios de interpretação (elemento literal, o histórico, o sistemático e o teleológico) para alcançar a interpretação que permita realizar a justiça no caso concreto. Consistindo a interpretação num ato único onde todos estão integrados e devem ser considerados, o intérprete não deve atender ape-

²⁸¹. JÚLIO GOMES, Da interpretação e integração das convenções colectivas, in *Novos Estudos do Direito do Trabalho*, Wolters Kluwer Portugal e Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 157.

- nas à letra da lei mas também ao seu sentido.
- VII. O elemento literal constitui o ponto de partida da interpretação e o limite no apuramento do seu espírito, contudo não é suficiente para apurar o sentido de uma norma, tem de ser conjugado com os demais elementos lógicos de interpretação, previstos no artigo 9.º C.C., que permitam descortinar o seu espírito, reconstruindo o pensamento legislativo.
- VIII. Cada um dos elementos de interpretação não vale por si só, para determinar o sentido da lei, o intérprete tem de proceder à análise de cada um deles, conjugando-os. Assim, o intérprete deve escolher a interpretação que tenha correspondência na letra da lei, que se apoie na evolução e justificação histórica da lei, que melhor se integre no sistema jurídico e melhor se adequa às necessidades sociais.
- IX. Aquando do surgimento do princípio do tratamento mais favorável diversas valências lhe eram reconhecidas na aplicação das normas laborais e apesar de nunca ter obtido consagração legal nesse sentido, era utilizado como critério geral de orientação da interpretação de normas laborais, as quais eram finalisticamente interpretadas tendo em vista a proteção da parte mais fraca.
- X. A doutrina tem entendido que a interpretação das normas laborais deve ser feita de acordo com os critérios previstos no artigo 9.º C.C., mas enquanto uns defendem não ter, este princípio, qualquer aplicação ao nível da interpretação, por conduzir ao empirismo e subjetivismo na aplicação da lei, outros, embora concordando não fazer sentido, atualmente, reconhecer a existência de um *prius* geral de interpretação das normas laborais em favor do trabalhador, admitem a sua utilização em casos de dúvida sobre o sentido a atribuir à norma.
- XI. A utilização deste princípio enquanto critério geral de interpretação era de aplaudir nos primórdios da legislação laboral, face à insuficiência das normas civis e ao objetivo protecionista que esteve na origem do Direito do Trabalho. Atualmente, sendo este um ramo jurídico autónomo, consistente e coerente orientado no sentido da proteção do trabalhador, mas cada vez mais de caráter compromissório, já não faz sentido reconhecer a existência de um *prius* geral de interpretação das fontes laborais em favor do trabalhador, sendo estas interpretadas de acordo com o artigo 9.º C.C.
- XII. No entanto, o princípio do *favor laboratoris* não é apenas um resquício histórico, ele tem outras valências e aplicações, nomeadamente no campo da interpretação das normas laborais onde não pode ser totalmente ignorado. Tendo o princípio da proteção alcançado um patamar constitucional e constituído a essência do Direito do Trabalho, o princípio do *favor laboratoris* é uma manifestação deste princípio, que continua vigente visando assegurar a proteção dos trabalhadores subordinados e a justiça social na relação laboral.
- XIII. Atualmente, este princípio desempenha ainda um papel importante na interpretação das normas laborais, assumindo uma dupla função, num primeiro momento contribuirá para formar a pré-compreensão do intérprete, funcionando como elemento argumentativo e, num segundo momento, aquando da análise dos elementos previstos no artigo 9.º C.C., ele será incontornável estando patente em todos eles. Contudo, na interpretação destas normas não devem retirar-se conclusões precipitadas no sentido da proteção da parte mais fraca, há que analisar todos os elementos de interpretação com vista a apurar o verdadeiro sentido da norma e se persistirem dúvidas, há ainda que apurar se, efetivamente, há necessidade de tutela do trabalhador.
- XIV. Também a interpretação das convenções coletivas de trabalho deve realizar-se nos termos gerais do artigo 9.º C.C., pois estamos aqui perante uma fonte de Direito do Trabalho que embora sendo um instrumento negocial, caracteriza-se, essencialmente, pelo seu conteúdo normativo aplicável mesmo aos trabalhadores que não a negociaram nem outorgaram. Contudo, também aqui, o *favor laboratoris* apesar de não atuar como canône geral de interpretação, não poderá deixar de ser tido em conta na análise dos elementos de interpretação previstos no artigo 9.º C.C.
- XV. Assim, apesar de o princípio do *favor laboratoris* não vigorar enquanto critério geral de interpretação das normas laborais, ele é inerente ao Direito do Trabalho e, como tal, não pode deixar de ser considerado no processo interpretativo.

O palimpsesto da presunção de inocência no Supremo Tribunal Federal brasileiro: um contributo a partir da crítica hermêutica do Direito

The palimpsest of innocence presumption on the Brazilian Supreme Court:
a contribute based on the hermeneutics criticism of law

Guilherme Pratti dos Santos Magioli

Mestrando em Teoria do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
E-mail: prattig@gmail.com

Resumo: Analisa o sentido dado à presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento do HC 126.292/SP, em dezessete de fevereiro de 2016. A partir da Crítica Hermenêutica do Direito e da Teoria Narrativista proposta por Calvo González, confronta o sentido último conferido a esta garantia fundamental com a tradição formada após a Constituição de 1988, tanto através dos julgados daquela suprema corte quanto pelo tratamento conferido por dispositivos infraconstitucionais. Para tanto, é enfrentada a fundamentação dos votos dos ministros responsáveis pelo sentido exposto no HC 126.292/SP.

Palavras-chave: Presunção de inocência, Supremo Tribunal Federal brasileiro, Crítica Hermenêutica do Direito

Abstract: This paper analyses the meaning given to innocence presumption by the Brazilian Supreme Court on the judgment of the habeas corpus number 126.292/SP, on February 17th of 2016. Based on the Hermeneutics Criticism of Law and Narrativist Theory of Law — as proposed by Calvo González —, it confronts the last given meaning to this fundamental right with the tradition formed after the 1988 Constitution and on, as from that court's jurisprudence and the contents of infraconstitutional texts. To do so, it discusses the winning arguments of the habeas corpus 126.292/SP.

Keywords: Innocence presumption, Brazilian Supreme Federal Court, Hermeneutics Criticism of Law

1. Introdução

Em dezessete de fevereiro de 2016, a suprema corte brasileira alterou seu entendimento a respeito do inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). O dispositivo constitucional em questão trata da *presunção de inocência* e afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Na ocasião do julgamento do *Habeas corpus* nº 162.292/SP, com sete votos a favor e quatro contra, o Supremo Tribunal Federal (adiante denominado STF) autorizou a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso. Modificou, assim, o estabelecido pela própria Corte no ano de 2009, quando havia decidido que tal medida é(era) inconstitucional e viola(va) tanto a dignidade da pessoa humana quanto a *presunção de inocência*.

A princípio, é possível que a suprema corte altere o próprio entendimento quanto a algo e sobre isto não restam dúvidas — afinal, em 2009 ela havia rompido com o posicionamento que perdurava até então. É de se esperar, no entanto, que tais transições ocorram em conformidade ao paradigma do Estado Democrático de Direito: com detalhada fundamentação a demonstrar por quais razões a corte assim age, bem como em respeito à integridade e coerência do sistema de regras e princípios a que chamamos de Direito.

Sabemos ser função da comunidade científica analisar tais ocorrências, sendo este um dos pilares da dogmática jurídica. Com isto em mente, lançamo-nos ao desafio de realizar uma anamnese desta alteração jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal brasileiro, a partir do paradigma filosófico que se nos apresenta como o mais adequado a pensar o fenômeno jurídico em toda sua complexidade: o paradigma da intersubjetividade, na forma em que desenvolvido a partir da hermenêutica filosófica gadameriana e pela Crítica Hermenêutica do Direito — matriz teórica trabalhada em terras brasileiras pelo jurista gaúcho Lenio Luiz Streck.

O objetivo deste estudo não é adentrar, especificamente, a legislação processual penal brasileira, o regimento interno da corte suprema, as razões *pessoais* dos ministros ou a influência da, atualmente tão falada na mídia brasileira, “voz das ruas”. Não. Não é a isto que busca este trabalho de filosofia do direito.

Não é, tampouco, um trabalho de história ou filologia. Pelo contrário, nos propomos a ouvir a linguagem e nela buscar a (re)construção do sentido da expressão “*presunção de inocência*”, conforme vem sendo realizada pelo ordenamento jurídico do Brasil. Isto porque, em tempos de intersubjetividade, não se pode aceitar que significante e significado sejam manipulados como se não fossem influenciados pela tradição e desenrolar historial que a eles precede. Em especial ao tratarmos de sentidos jurídicos, de origem constitucional, que guardam direitos e garantias fundamentais — tão caros a uma (recente) democracia, cuja história mostra ranços de autoritarismo de quando em quando.

É com base nisto, neste ter ciência de que a compreensão não se dá a partir de um “nada conceitual”, de um grau zero de sentidos, mas sim pela intersubjetividade compartilhada, *na e pela* história efetual, que almejamos analisar o posicionamento último do Supremo Tribunal Federal brasileiro a respeito do direito fundamental à *presunção de inocência*. O cerne deste trabalho é, portanto, compreender e expor o que se diz(ia) quando se fala(va)²⁸² do mencionado direito na suprema corte do Brasil, até regressarmos ao confronto do sentido que repousa na própria Constituição.

O percurso deste estudo inicia-se com a exposição do paradigma filosófico em que nos movemos, com o intuito de demonstrar com clareza a sustentação do raciocínio engendrado. Nos apoiamos, assim, na Crítica Hermenêutica do Direito, bem como nas benesses e possibilidades de se pensar o Direito enquanto literatura. Para tanto, este *desenrolar* (do sentido de *presunção de inocência*) *na tradição* constitucional será tratado como uma narrativa dos posicionamentos adotados, cada qual a representar um capítulo desta história em construção.

Faz-se necessário, então, apontar a relação entre direito e literatura, palimpsesto e desleitura — e isto configura as bases para a construção metafórica da (des)leitura da “história dos sentidos” de *presunção de inocência* junto ao Supremo Tribunal Federal. Aqui, nos apoiamos nas valiosas lições de Helena Buescu, Cláudia Trabuco, Sônia Ribeiro, José Calvo González e Harold Bloom, a respeito das incursões entre direito e literatura.

²⁸² A expressão é de Castanheira Neves. Cfr: CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra. Coimbra Editora. 1993. p. 89.

São estes os pilares desta investigação e que nos permitem formular a desleitura do sentido dado à presunção de inocência, de forma a regressar do agora, passando por seu desenrolar na tradição forjada após a Constituição de 1988 e identificar as variações significativas desta garantia fundamental. É dizer: buscamos confrontar o sentido atual com o sentido da coisa mesma, da própria presunção em sua origem constitucional. É buscar o *ser-em* do instituto. Seu sentido na e pela Constituição.

2. A Crítica hermenêutica do direito

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é uma matriz teórica cuja preocupação primeira é inserir o *pensar-o-direito* no pensar filosófico, pois afirma que o Direito é pensado a partir de paradigmas filosóficos. Isto importa na estruturação adequada do pensar e em ter (cons)ciência de que ele não está à parte da filosofia. Se faz, todavia, filosofia *no* Direito.

A CHD estrutura-se a partir da imbricação de aportes teóricos de autores diversos, mas seu tripé de sustentação assenta-se numa espécie de antropofagia entre a fenomenologia hermenêutica heideggeriana, a hermenêutica filosófica gadameriana e de contribuições advindas da teoria integrativa de Dworkin.

Este seu tronco teórico a permite pensar o Direito enquanto produto de uma sociedade sempre em movimento (refém da temporalidade e suas consequências), de forma que a tradição e a consciência histórica são indissociáveis da interpretação e configuram — a partir da intersubjetividade — certo constrangimento no tocante à construção dos sentidos. Reside aqui o cerne da batalha da CHD contra o solipsismo, o voluntarismo e a discricionariedade judicial.

Este *permitir-pensar-o-Direito* que acima afirmamos não significa outra coisa além de que ela, a CHD, é uma estruturação própria do *pensar-o-Direito*. Queremos dizer com isto, que não se “aplica” a Crítica Hermenêutica do Direito a um problema ou caso concreto específico. Não se trata de uma técnica de interpretação, pois. Assim agir, seria torná-la uma mera racionalidade instrumental e trair sua sustentação filosófica. Ela é, portanto, uma *ratio* estruturante a partir da qual o fenômeno jurídico pode ser pensado

— e é assim que nossas considerações sobre a presunção de inocência são elaboradas.

Para mantemo-nos fiéis a nosso objeto de estudo e tendo em vista a amplitude teórica abarcada pela matriz de racionalidade aqui trabalhada, explicaremos as bases essenciais à compreensão de como se dá o pensar estruturado pela CHD e nos absteremos de adentrar suas peculiaridades frente às correntes positivistas e pós-positivistas.

2.1 Grandes linhas de uma hermenêutica jurídico-filosófica²⁸³

A Crítica Hermenêutica do Direito iniciou-se como a busca pelo ferramental necessário à interpretação do Direito fora do paradigma em que inserida a hermenêutica jurídica tradicional, pois as práticas interpretativas desta são ainda *refratárias à viragem linguística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente*²⁸⁴. Com isto, a interpretação jurídica ainda ocorre numa relação sujeito-objeto e não sujeito-sujeito, ou seja, fora do paradigma da intersubjetividade. Este *estar-fora-do-paradigma-da-intersubjetividade* condiciona a hermenêutica tradicional a pensar a linguagem como um (terceiro) elemento à parte da relação intérprete (sujeito) e Direito (objeto).

Em outras palavras, a linguagem transporta os sentidos objetificados nos textos legais à consciência do intérprete que sobre eles se debruça. Esta objetivação importa na crença de que os sentidos estão

²⁸³. Embora o título seja uma referência ao nome que Gadamer havia planejado dar a seu livro *Verdade e método* — e por isto possa parecer que trataremos aqui deste autor —, não será necessário nos aprofundarmos em toda a extensão da influência de sua obra na Crítica Hermenêutica do Direito. Isto porque, para o desenvolvimento do tema proposto neste item é suficiente mencionar os contornos do paradigma filosófico em que a CHD se insere: a fenomenologia hermenêutica de Heidegger. Trataremos, todavia, da hermenêutica filosófica no interior da CHD no item 2.2. Sobre a sustentação filosófica da CHD, cfr: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014. em especial capítulo 5.

²⁸⁴. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014., p. 19, itálico do autor.

inseridos no texto e que cabe ao intérprete extraí-los. No entanto, por vezes, sob o pretexto de superar essa “objetificação de sentidos do texto legal”, sustentado pela linguagem que é tida como um instrumento de comunicação do conhecimento, o intérprete passa a assenhorá-la, a apoderar-se da linguagem, de forma que os sentidos não estão mais no texto em si, mas no que aquele diz que estes são²⁸⁵. É a consagração do subjetivismo e voluntarismo.

Passa-se, então, da objetificação à atribuição de sentidos pelo intérprete a partir de si — e isto decorre deste *ter-a-linguagem* como uma terceira coisa entre sujeito e objeto. Esta polaridade entre objetivismo e subjetivismo é identificada no interior da CHD como paradigma de dupla-face²⁸⁶: primeiro a objetivação, de origem na metafísica clássica; depois, o subjetivismo, o voluntarismo e a discricionariedade, identificáveis na filosofia da consciência, também denominada de metafísica moderna.

A CHD busca, assim, desconstruir este paradigma metafísico-objetificante que possibilita o assujeitamento de sentidos, pois sua maior consequência é a visão do Direito como apenas uma racionalidade instrumental existente em separado da sociedade. A CHD busca, então, pensá-lo em seu *acontecer*²⁸⁷ e assim o faz a partir da ontologia fundamental de Martin Heidegger, continuada pela hermenêutica filosófica da Hans-Georg Gadamer²⁸⁸. Este *pensar-o-direito-em-seu-acontecer* é a superação do paradigma de dupla-face e representa, necessariamente, *uma análise antimetafísica*²⁸⁹ do Direito.

A diferença entre este *pensar-o-direito* no interior da CHD em comparação ao paradigma de dupla-face é, sem dúvidas, decorrente da função da linguagem nos respectivos paradigmas filosóficos. Isto porque, neste, *o pensar* é dependente da filosofia da consciência e da objetivação dos sentidos do texto, como se provenientes de um “lugar virtual”, ou de

um “lugar fundamental”²⁹⁰. Naquela, na CHD, os sentidos são construídos num *a priori* compartilhado, logo, não estão contidos no *texto-enquanto-texto-em-si-mesmo*, nem na subjetividade do intérprete que busca atribuir-lhe sentido a partir de si.

É este *pensar-o-texto-enquanto-texto-em-si-mesmo*, como se os sentidos nele repousassem e pudessem ser daí retirados — sem maiores preocupações a respeito de sua construção intersubjetivamente compartilhada, ou seja, de sua historicidade na tradição —, que sustenta “o império da objetivação”²⁹¹. Isto, em termos filosóficos, é o esquecimento do ser (sentido), pois pensado como ente, como um texto “dado” à consciência e não como fruto de uma construção intersubjetiva do Direito da sociedade em movimento na temporalidade. Ou, ainda, é o encobrimento do sentido, do ser, do texto jurídico.

Este encobrimento do ser, oriundo do objetivismo filosófico, é superado pela CHD e a partir daí surge a busca pelo *acontecer* do Direito. É aqui que se faz presente com maior força a influência filosófica da ontologia fundamental heideggeriana: no rompimento com este pensamento objetificante do Direito, com intuito de buscar o sentido do texto (jurídico) enquanto oriundo de uma sociedade em movimento.

Esta influência é caracterizada, em primeiro lugar, pelo reconhecimento de que a linguagem é condição de possibilidade de acesso ao mundo, logo, o sujeito é dependente dela, pois inserido em um mundo linguístico — constituído pela linguagem. Possível dizer, ainda, com apoio em Streck, que “estamos mergulhados em um mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo. Este *poder-dizer* é linguisticamente mediado, porque nossa capacidade de agir e de dizer-o-mundo é limitada e capitaneada pela linguagem.”²⁹²

Este mundo linguisticamente mediado configura a inserção do próprio homem neste mundo de significados e significantes intersubjetivamente compartilhados, afinal, a linguagem “nasce do ser e com o ser, que é o modo como o homem primeiro compreende a

²⁸⁵. Idem, ibidem, pp. 117-119.

²⁸⁶. Idem, ibidem, pp. 85-95.

²⁸⁷. STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da Constituição: a tarefa de uma crítica do Direito*. In: *O direito*. Lisboa. 2011. A. 133. N° 3. pp. 581-613; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, op. cit., pp. 270-274.

²⁸⁸. Para um maior detalhamento da relação Heidegger-Gadamer na formação da CHD, cfr: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., capítulo 10.

²⁸⁹. Idem, ibidem, p. 21.

²⁹⁰. Idem, ibidem, p. 19.

²⁹¹. STEIN, Ernildo. “Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade”. In: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. In: STRECK, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, op. cit., p. 11

²⁹². STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., pp. 295-296

si e às coisas”²⁹³. Dito de outra forma: o homem está desde sempre inserido no mundo pela linguagem, cujos sentidos residem numa construção e num compartilhamento da ordem do *a priori*. Isto faz com que a linguagem passe a ser *o próprio ambiente que o direito habita*²⁹⁴.

Desta forma, supera-se tanto o objetivismo quanto o subjetivismo, afinal, os sentidos não estão nem nos textos (ou coisas), nem na consciência assujeitadora do intérprete, mas sim no mundo em que o homem está desde sempre inserido e a compartilhar com os outros homens. Eis o desenho do paradigma da intersubjetividade, sustentado na relação sujeito-sujeito.

Esta inserção do homem desde sempre num *mundo-compartilhado-com-outros-homens* e mediado pela linguagem, o permite compreender a si enquanto inserido num mundo de *sentidos* compartilhados e nisto reside seu *dar-se* conta de sua existência. Este *dar-se-conta-de-si-ao-compreender-o-mundo-em-que-se-insere* é por Heidegger chamada de “a clareira do ser” (*Lichtung*) e representa a exposição do homem à verdade do ser e o coloca diante do *revelar* do ente²⁹⁵.

Segundo o filósofo alemão, esta exposição permite o homem compreender-se como ser de um ente pelo *des-cobrir* da clareira do ser, ou seja, ele se vê enquanto um ente a manifestar-se enquanto ente pelo descobrir de seu ser²⁹⁶. Se percebe, assim, inserido no mundo linguístico pelo revelar de si mesmo. Isto mostra a diferença existente entre ser e ente e é chamada por Heidegger de diferença ontológica. Ser e ente não estão divididos ou separados, o que há entre eles é uma diferença ontológica.

No entanto, este *perceber-se-inserido-no-mundo-pelo-revelar-de-si* demonstra que o homem compreende seu ser enquanto compreende o mundo e, todavia, compreende o mundo enquanto compreende seu ser. Esta circularidade do *compreender-a-si-enquanto-compreende-o-mundo* é identificada por Heidegger como círculo hermenêutico que, ao lado da diferença ontológica, configura o teorema fundamental da analítica existencial heideggeriana.

²⁹³. STEIN, *Uma breve introdução à filosofia*, 2 ed. Ijuí. Editora Unijuí. 2005, p. 55.

²⁹⁴. STEIN, Ernildo. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade, op. cit., p. 16.

²⁹⁵. HEIDEGGER, *Cartas sobre o humanismo*. Trad. de Rubens Eduardo Frias. 2 ed. rev. São Paulo. Centauro. 2005. pp. 28-44.

²⁹⁶. Idem, ibidem, p. 34.

Este teorema fundamental, por sua vez, configura o modo de ser do homem no mundo, pois antecipa-lhe a compreensão de si e do mundo — e esta antecipação faz parte de sua *relação* com este *mundo que o constitui*²⁹⁷. Este *a priori* antecipador é possível porque os significados que constituem este mundo não estão sujeitos à subjetividade do homem, são, todavia, oriundos da intersubjetividade deste mundo compartilhado. A isto Heidegger define como *pré-compreensão*, que representa a estrutura ontológica do *ser-aí-no-mundo*, o *Dasein*²⁹⁸.

O pensar estruturado na matriz teórica aqui apresentada é impedido de afastar-se deste teorema fundamental, uma vez ser impossível ao *ser-aí* desprender-se desta antecipação de sentidos proveniente do mundo em que está desde sempre inserido. Em outras palavras: os sentidos do mundo não dependem da consciência do *ser-aí* para existirem. Ele não dá nome e nem altera os sentidos das coisas, pois esta antecipação (intersubjetivamente compartilhada) o constrange a não fazê-lo.

Em sendo esta antecipação (pré-compreensão) possibilitadora da compreensão e a compreensão sua condição de *ser-no-mundo*, o *Dasein* tem um *modo-de-ser-compreensivo* imerso tanto na faticidade quanto na historicidade e na tradição, pois não há tábula rasa de sentidos. Ou seja, os sentidos do mundo não são do agora, da imediatez da vida, mas sim da existência em seu desenrolar historial. Esta afirmação busca apoio no ensinamento de Streck: “Os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete. Interpretar é, pois, existência: e essa existência é concretude. Daí a necessidade da constante advertência: hermenêutica não é filologia [...]”²⁹⁹.

²⁹⁷. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 284. Sobre o conceito de mundo em Heidegger, cf: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 14ª ed. Petrópolis. Vozes. 2005. pp. 103-107.

²⁹⁸. HEIDEGGER, *Ser e tempo*, op. cit., pp. 204-211. É valiosa a lição de Streck: “Temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. *Estamos condenados a interpretar*. O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses existenciais.” STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 277, destaque nosso.

²⁹⁹. STRECK, Lenio Luiz. *Diferença ontológica entre texto e norma*: afastando o fantasma do relativismo. Lisboa.

Este pensar filosófico, no interior da CHD, importa na busca pelo des-velamento da norma do texto (o ser do ente), a partir da *antecipação de sentido, pré-compreensão que deve ser suspensa para deixar que a linguagem pública constranja o elemento interno do intérprete*³⁰⁰. Este des-velar o ser-do-ente, o sentido-do-texto, revela o que Heidegger chama de *ser-em*, ou seja, a norma enquanto sentido do texto³⁰¹. Isto significa, que na CHD, a norma será sempre a norma de um texto. Não há norma sem texto, nem texto sem norma.

Para este des-velar o ser do ente, perseguido pela CHD, o Direito deve ser analisado como um sistema íntegro e coerente, na e pela linguagem, ou seja, mergulhado neste horizonte comum de mediação dos significados construídos intersubjetivamente. Nota-se a influência da teoria “*law as integrity*” de Dworkin³⁰². Queremos dizer que o Direito pela CHD estará sempre mergulhado na faticidade, tradição e historicidade, de forma que uma norma será sempre uma norma de um texto — e o texto será sempre em sua(s) norma(s). Ou ainda: “Não se interpreta, assim, um texto (jurídico) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem (no caso que para o Direito mais interessa, da Constituição).”³⁰³

A CHD é, assim, a antítese de teses objetificadoras de sentidos e afetas à filosofia da consciência, pois sua imersão na intersubjetividade, na faticidade e na historicidade lança-a em direção à antecipação de sentidos advinda do teorema fundamental da analítica existencial heideggeriana³⁰⁴. É dizer: pensa o Direito enquanto Direito produzido historialmente

no desenvolvimento da sociedade na temporalidade, cujos sentidos são buscados no *a priori* compartilhado intersubjetivamente, ou seja, busca os sentidos da *coisa mesma (Sache selbst)*, pois não *se pode esquecer que Direito é história, é tempo, é faticidade, e que, portanto, cada caso tem a sua singularidade*.³⁰⁵ Em assim sendo, os sentidos dos textos jurídicos não estão condicionados àquilo que o intérprete quer que eles sejam, que signifiquem.

Pelo contrário, seus significados já são antecipados pela intersubjetividade e pela tradição, por esta linguagem pública (*a priori* compartilhada) que constrange a todos e assim impede que se troquem os significados dos significantes — que se assujeite (d)a linguagem, como na filosofia da consciência³⁰⁶. Esta afirmativa é essencial para o desenvolvimento deste estudo, pois nos acompanhará na demonstração de que a expressão “presunção de inocência” não pode ter seu sentido modificado pelos intérpretes do Direito para o oposto do que seus significantes apontam. Mesmo que estes intérpretes sejam de uma suprema corte.

2.2 Hermenêutica jurídica e literatura

Os estudos a respeito da relação entre Direito e literatura começaram na segunda metade do século XX, no meio jurídico norte-americano, naquilo que restou conhecido como *The law and literature movement*³⁰⁷. De uma perspectiva inicialmente voltada à hermenêutica, o avanço dos estudos acabou por *aproximar o sistema jurídico de uma dimensão ética literária*³⁰⁸.

Ainda nas últimas décadas do século XX este *movimento* alcançou países diversos, como por exemplo, Reino Unido, Canadá e Austrália e, mais recentemente, nos últimos quinze anos, vem despertando o interesse de acadêmicos tanto em Portugal³⁰⁹ quanto

2005. Sep. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol 46, n° 1, pp. 55-86. p. 66.

³⁰⁰. EJLL. Entrevista com Lenio Luiz Streck. In: Revista Eletrônica EJLL — Espaço Jurídico Journal of Law. Vol. 17. n° 2. maio/agosto 206. pp. 387-409. p. 392. Disponível em: << <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espa-cojuridico/article/view/11996/pdf> >> acessado em 30 de janeiro de 2017.

³⁰¹. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 305.

³⁰². STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 655; DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Oxford. Hartigo 1998. em especial capítulos quinto e sexto.

³⁰³. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 305.

³⁰⁴. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 305.

³⁰⁵. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 104, grifo nosso.

³⁰⁶. EJLL, *Entrevista com Streck*, op. cit., pp. 406-407.

³⁰⁷. BUESCU, Helena; TRABUCO, Cláudia; RIBEIRO, Sónia [coordenadoras]. In: *Direito e literatura: mundo em diálogo*. Coimbra. Almedina. 2010. p. 5.

³⁰⁸. Idem, *ibidem*, p. 5.

³⁰⁹. Idem, *ibidem*, pp 6-7.

no Brasil³¹⁰. Merecem destaque, também, as contribuições de José Calvo González³¹¹ em Espanha, que, influenciado pelas benéficas imbricações entre direito e literatura, vem desenvolvendo sua *teoría narrativa del derecho*. O cerne do narrativismo jurídico de González reside na coerência narrativa como mecanismo construtor de sentidos³¹². Eis aqui a possibilidade de conjugar a Crítica Hermenêutica do Direito a Teoria Narrativista de Calvo González.

Conforme explicamos no tópico anterior, a CHD é fundada a partir da hermenêutica filosófica gadameriana, a qual, por sua vez, é lançada a partir da fenomenologia hermenêutica heideggeriana. O narrativismo de González, por buscar expor a construção dos sentidos, estrutura-se (ainda que o autor não faça menção expressa) numa premissa da hermenêutica de Gadamer: *não existem as coisas exatas como elas são*³¹³. Ou ainda: os sentidos não são dados ou objectificados.

Pelo teorema fundamental da analítica existencial de Heidegger, que demonstra ser *o compreender um existencial*, Gadamer ensina que nós vivemos inseridos em tradições que configuram nosso próprio mundo — *nunca o mundo do primeiro dia, mas algo que herdamos*³¹⁴. É este o mundo compartilhado na e pela linguagem que já nos é antecipado pela pré-compreensão e que impede afirmações *tábula rasa* a respeito dos significados e significantes. É esta tra-

dição que nos lega os sentidos construídos e compartilhados intersubjetivamente.

A este respeito, Gadamer ensina que a “reflexão hermenêutica sobre as condições da compreensão põe de manifesto que suas possibilidades se articulam em uma reflexão formulada dentro da linguagem, *que nunca começa do zero e não pode ser esgotada*.”³¹⁵ Isto não significa outra coisa senão que a linguagem já nos diz algo a respeito do que queremos dizer — é isto que permite o mútuo entendimento em um diálogo. As palavras não são vazias de sentido, de forma que a elas podemos atribuir qualquer significado, como o personagem Humpty Dumpty o faz em *Alice através do espelho*³¹⁶.

É com isto em mente que buscamos estudar o sentido de presunção de inocência no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Nosso objetivo é, assim, uma análise do que o STF tem dito a respeito da presunção de inocência — qual o sentido que esta garantia constitucional tem (e vem tendo) junto àquele tribunal —, afinal, Direito é linguagem e “*não existem as coisas exatas como são*”³¹⁷: os sentidos não são simplesmente “dados”. Para tanto, optamos pelo ferramental proporcionado pela Teoria Narrativista do Direito, a qual configura uma espécie de crítica literária do direito a afirmar que este possui “natureza e propriedades narrativas” e, portanto, é um “relato civilizatório” com “coerência narrativa”³¹⁸. Destacamos, assim, que não é apenas de coerência normativa que se fala, mas também (de) narrativa.

Segundo González, a coerência narrativa é *um constructo discursivo capaz de construir sentido*, apto a proporcionar um *critério de verdade* oriundo do próprio “modelo discursivo de uma história sobre a *ação dos fatos* (resultância) e acerca dos <<fatos em ação>> (ocorrência)”³¹⁹. Ou seja: é a construção do discurso (narrativa) que atua exclusivamente na qualidade de *critério de verossimilitude*³²⁰.

310. Cfr: MARTINS-COSTA, Judith (coord). *Narração e normatividade*: ensaios de direito e literatura. Rio de Janeiro. GZ Editores. 2013; TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Direito e literatura*: da realidade da ficção à ficção da realidade. São Paulo. Atlas. 2013. TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores). *Os modelos de juiz*: ensaios de direito e literatura. São Paulo. Atlas. 2015.

311. Professor catedrático de teoria e filosofia do direito na Universidad de Málaga e juiz do Tribunal Superior de Andalucía.

312. DA ROSA, Alexandre Morais; TRINDADE, André Karam. “Prefácio em curva”. In: CALVO GONZÁLEZ, José. *O Direito Curvo*. trad. André Karam Trindade, Luis Rosenfield, Dino del Pino. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2013. p. 5

313. DA ROSA, Alexandre Morais; TRINDADE, André Karam. Prefácio em curva, op. cit., p. 4.

314. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*: complementos e índice. Trad. Enio Paulo Giachini. trad. nova rev. Da trad. Márcia Sá Cavalcante-Schuback. 2ª ed. Petrópolis. Vozes. 2004., p. 568, grifo nosso.

315. Idem, Ibidem, p. 570, grifo nosso.

316. Em uma conversa com Alice, Humpty Dumpty diz que quando utiliza uma palavra, ela significa exatamente o que ele quer que ela signifique, nem mais, nem menos. Ele atribui às palavras o significado que lhe apetece, que lhe convém.

317. CALVO GONZÁLEZ, José. *O Direito curvo*. op. cit., p. 43.

318. Idem, Ibidem, p. 50.

319. Idem, Ibidem, p. 51, grifo nosso.

320. Idem, ibidem, p. 51, grifo nosso.

A principal consequência daí retirada é que a atribuição de sentido ocorre no interior da narrativa que resulta desde a ocorrência histórica da ação factual, e se desenvolve num processo de explicar e compreender as premissas fáticas e os enunciados a elas relativos, através de uma interação coerente³²¹. Segundo González: “A *atribuição de sentido* a um enunciado fático como narrativamente coerente procede através da *construção de sentido*. Para a Teoria Narrativista o *sentido* do relato de fatos não se localiza em um *topos* prévio ou de partida, nem em lugar ulterior e de chegada; o sentido é a própria fábrica narrativa do sentido, a construção da promessa de sentido.”³²²

Desta forma, unindo a Crítica Hermenêutica do Direito, cuja sustentação filosófica está assentada no paradigma da intersubjetividade, com a Teoria Narrativista de González, faremos uma detida análise da construção dos sentidos de presunção de inocência junto ao Supremo Tribunal Federal do Brasil. Esta união teórica nos permitirá demonstrar que a coerência (normativa e) narrativa que vinha se formando desde 1988, foi quebrada em fevereiro de 2016.

3. A Presunção de inocência e o Supremo Tribunal Federal

3.1 O *HABEAS CORPUS* 162.292/SP

O paciente do HC 162.292/SP fora denunciado pelo Ministério Público de São Paulo em vinte e nove de março de 2011, pelo crime de roubo qualificado pelo uso de arma de fogo e concurso de pessoas (incisos I e II, do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal brasileiro), e condenado à pena de cinco anos e quatro meses, em regime inicial fechado³²³, com direito a recorrer em liberdade. A sentença foi proferida em

vinte e oito de junho de 2013, nos autos de origem nº 0009715-92.2010.8.26.0268.

A defesa recorreu da pena aplicada, interpondo apelação. Ocorreu o trânsito em julgado para o Ministério Público em treze de dezembro de 2013, mesma data em que os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) para julgamento da apelação³²⁴. O TJSP negou provimento ao recurso e *determinou a expedição de mandado de prisão contra o apelante*, em dezesseis de dezembro de 2014, nos autos da apelação criminal nº 0009715-92.2010.8.26.0268. Ressalto: o mandado de prisão expedido não estava fundamentado nas hipóteses de prisão cautelar e, então, importava na execução antecipada da pena.

Ante o posicionamento do TJSP, a defesa impetrou o *habeas corpus* nº 313.021/SP no Superior Tribunal de Justiça (doravante STJ), em dezenove de dezembro de 2014, sob alegação de que o paciente estava a sofrer constrangimento ilegal com a determinação da expedição do mandado de prisão “exclusivamente em razão do julgamento de apelação da Defesa, sem, contudo, declinar qualquer *fundamentação cautelar que justificasse a execução da pena antes do trânsito em julgado*”³²⁵.

Em pedido liminar, o paciente almejava o sobrestamento do mandado de prisão e, para tanto, invocava o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) a respeito da presunção de inocência, insculpida no inciso LVII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), sedimentada desde 2009 por conta do julgamento do *habeas corpus* nº 84.078/MG. A liminar foi indeferida em vinte e dois de dezembro de 2014.

Com isto, em quinze de janeiro de 2016 a defesa impetrou o *habeas corpus* nº 126.292/SP no Supremo Tribunal Federal e formulou pedido liminar para sobrestamento do mandado de prisão até o fim do

³²¹. Idem, ibidem, pp. 51-52.

³²². Idem, idibdem, p. 52.

³²³. Em doze de agosto de 2015, foi dado provimento a Recurso Especial corrigindo o regime inicial de cumprimento de pena para “semi-aberto”. O Ministério Público opôs agravo regimental contra o acórdão, almejando a manutenção do regime inicial fechado. O agravo foi improvido. Vide: Resp 2015/0146343-1 e AgRg no Resp 1.539.138-SP.

³²⁴. Informações obtidas no site do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo-pg/show.do?processo.codigo=7GYX8PHF70000&processo.foro=268&uuidCaptcha=sajcaptcha_2a701ee3f-78c435b9af69754d4942a43>> acessado em: vinte e sete de agosto de 2016.

³²⁵. Informações obtidas no site do Superior Tribunal de Justiça brasileiro: Disponível em: <<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=hc+313021&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkor-dem=DESC&chkMorto=MORTO>>> acessado em: vinte e sete de agosto de 2016. Itálico nosso.

juízo do remédio constitucional, momento em que esperava “ver reconhecido o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da sentença condenatória”³²⁶.

Em cinco de fevereiro de 2016, o relator, então ministro Teori Zavascki, deferiu o pedido liminar e concedeu ao paciente o direito de recorrer da sentença proferida em primeira instância em liberdade, suspendendo a prisão decretada pelo TJSP em sede de apelação, sob dois fundamentos: i) havia manifesta ilegalidade na determinação da expedição do mandado de prisão, pois o “Tribunal estadual não apresentou nenhum fundamento para impor a prisão preventiva do paciente [...], o que está em total desacordo com a jurisprudência firmada” no STF e; ii) “a prisão antes do trânsito em julgado da condenação *somente pode ser decretada a título cautelar*”, conforme decidido no HC 84.078 em julgamento ocorrido no dia cinco de fevereiro de 2009³²⁷.

Em parecer datado de nove de fevereiro de 2016, o Subprocurador-Geral da República opinou pela concessão da ordem, pois a decretação da prisão na forma em que realizada pelo TJSP, antes do trânsito em julgado da condenação, configurou ilegalidade. Ao dia quinze do mesmo mês, a segunda turma do STF afetou o julgamento do feito ao plenário. A reunião do pleno ocorreu em dezessete de fevereiro de 2016 e resultou na denegação da ordem, com a consequente revogação da liminar dias antes deferida, bem como na modificação jurisprudencial a respeito da extensão do direito fundamental à presunção de inocência.

Em suma: o indivíduo foi condenado a cinco anos e quatro meses de prisão, em regime inicialmente fechado — regime equivocado —, com o direito de recorrer em liberdade. Assim o faz. O Ministério Público não recorre e há, portanto, o trânsito em julgado *apenas* para a acusação. O TJSP indeferiu o recurso de apelação proposto e, de ofício, decretou a prisão

do apelante (não a prisão cautelar, mas, sim, para o cumprimento antecipado da pena).

Logo, o indivíduo recorreu e prejudicou-se a si próprio. Habeas corpus impetrado ao STJ e denegado por jurisprudência defensiva. Habeas corpus impetrado ao STF; liminar concedida (reconhecendo o direito do paciente a recorrer em liberdade, ante ilegalidade na decretação da prisão pelo TJSP). Matéria levada ao pleno, ocasião em que, por maioria de sete a quatro, foi cassada a liminar outrora concedida, denegada a ordem e alterado o entendimento a respeito da impossibilidade de cumprimento antecipado da pena. Vejamos como (e porquê) isto ocorreu.

3.2 O Julgamento: resultados e consequências

O HC 126.292/SP³²⁸ resultou na aprovação, por sete votos a quatro, da seguinte proposta de orientação do Sr. Min. Relator Teori Zavascki: “A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em segundo grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.”

Para compreensão do julgamento, passamos à análise dos principais argumentos invocados pelos senhores Ministros que votaram a favor da reviravolta jurisprudencial, na ordem em que proferidos³²⁹. Para mantermo-nos fiéis ao objetivo deste estudo, destacamos nos votos os excertos conclusivos a respeito do conceito atribuído à presunção de inocência e as consequências daí decorrentes. Comentamos pontos específicos dos respectivos citados e apresentamos nossas divergências a partir da matriz teórica que sustenta este trabalho, a saber, a Crítica Hermenêutica do Direito, calcada na integridade e coerência do Direito. Ao fim deste capítulo, há uma detida e objetiva análise a respeito da incoerência da nova orientação do STF para com a própria Constituição.

³²⁶. Informações obtidas no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>> acessado em: vinte e sete de agosto de 2016.

³²⁷. Informações obtidas no site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4697570>>> acessado em: vinte e sete de agosto de 2016. Itálicos nossos.

³²⁸. Íntegra do acórdão disponível em: <<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>> acessado em: vinte e oito de agosto de 2016.

³²⁹. O voto do senhor ministro Dias Toffoli não consta nem da íntegra do acórdão de julgamento, nem da ata de sessão da 2ª Turma que decidiu por afetar o plenário para discussão da matéria.

3.2.1 Senhor Ministro-Relator Teori Zavascki

Da análise do voto do Sr. Min. Relator, depreendem-se os seguintes fundamentos a embasar a compatibilidade entre o direito fundamental à presunção de inocência e a execução provisória de sentença penal não transitada em julgado:

- i) O julgamento do recurso de apelação, “concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição”, de forma a ocorrer, então, “espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa”. Assim, havendo a confirmação do “juízo de incriminação do acusado”, em segunda instância, “parece inteiramente justificável a relativização [...] do princípio da presunção de inocência”³³⁰.
- ii) Portanto, “não é incompatível com a garantia constitucional [de presunção de inocência], a partir daí, [...] a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias”. Isto porque, os recursos apresentados às instâncias extraordinárias não têm por finalidade “a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos”, mas, sim, “à preservação da higidez do sistema normativo”.³³¹
- iii) Os inúmeros recursos proporcionados pelo sistema processual penal brasileiro acabam por representar “um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”. Desta forma, “cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo [...], resgate essa inafastável função institucional”, pelo que “não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena [...], após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias.”³³²

O que o senhor ministro afirma é que ocorre uma espécie de trânsito em julgado parcial, ante a “preclu-

são da matéria envolvendo os fatos da causa”, e isto importa na impossibilidade de rediscutir tais pontos nas instâncias extraordinárias. Assim, há o trânsito em julgado quanto a certo grau de culpabilidade do indivíduo e isto não é incompatível com o “imediato início do cumprimento da pena”. O pano de fundo do voto em voga é a possibilidade dos recursos cabíveis constituírem “mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal”.

Esta suposta preclusão encontra óbice na própria Constituição brasileira. Em primeiro lugar, porque o inciso LV³³³ de seu artigo 5º, afirma que é assegurado o contraditório e a ampla defesa, *com os meios e recursos a ela inerentes*, aos litigantes tanto em processo judicial quanto administrativo. Em assim sendo, embora não seja possível a discussão de matéria fática em sede de recurso às instâncias extraordinárias, é possível (e necessário) buscar guarida nos Tribunais Superiores quanto aos erros de procedimento e violação do devido processo legal. Afinal, uma democracia não é compatível com a ânsia punitivista que desrespeite o devido processo em prol da condenação (neste caso, do encarceramento) a qualquer custo. No constitucionalismo contemporâneo *os fins não justificam os meios*.

Não obstante à garantia de ampla defesa na forma em que prevista no dispositivo citado, a Constituição é explícita ao afirmar, no inciso LIV do mesmo artigo 5º, que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. E parece despidendo dizer que esta garantia não se exaure em segunda instância. Ou, ainda, não se exaure enquanto o processo estiver em curso. Aliás, a tramitação correta do processo, em conformidade ao devido processo legal, só há de ser confirmada, com o trânsito em julgado.

Ademais, caso se inicie o cumprimento prematuro da pena, em regime fechado, após confirmação desta em segunda instância e meses depois o STJ dê provimento a Recurso Especial (REsp) reconhecendo *error in procedendo*, com a consequente anulação ou correção deste, haverá a quebra deste suposto “trânsito em julgado parcial”. No entanto, o indivíduo já terá sofrido as mazelas do sistema prisional brasileiro. Aliás, cabe lembrar que o paciente do HC 126.292/

³³⁰. BRASIL, íntegra do acórdão do HC 126.292, op cit., pp. 9-10.

³³¹. Idem, ibidem, pp.11-12.

³³². Idem, ibidem, p. 18.

³³³. Artigo 5º, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

SP conseguiu em sede de REsp a correção da sentença de primeiro grau que havia fixado o início de cumprimento de pena no regime fechado (embora a pena fosse de cinco anos e quatro meses)³³⁴.

Esta exposição já parece ser suficiente a demonstrar sua incompatibilidade com o sentido dado à relação entre *presunção de inocência* e *trânsito em julgado* no voto do senhor ministro relator. Todavia, há outra incoerência entre este — o voto — e outra garantia constitucional: o inciso XIX, também do artigo 5º da CF, que prevê que as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, *exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado*. Logo, a dissolução compulsória de uma associação depende de decisão judicial transitada em julgado, ou seja, a Constituição assegura que os efeitos da sentença de primeira instância, ainda que confirmada em segunda instância, no STJ e no STF, mas que dependa do mais singelo recurso para transitar em julgado não provocará seus efeitos! Ainda que “preclusa a discussão dos fatos da causa”, a associação não será dissolvida antes do trânsito em julgado.

Ora, não é possível aceitar que a Carta Magna brasileira, denominada de “Constituição cidadã”, dê maior importância a uma associação do que à presunção de inocência a ponto de exigir trânsito em julgado para impôr a dissolução daquela, mas não para cercar a liberdade individual. Não é possível imaginar maior rigidez à dissolução de uma associação do que ao encarceramento para cumprimento “provisório” de pena. Se assim fosse, chegaríamos ao absurdo de aceitar que membros de alguma associação, que cometessem crimes sob o manto desta, pudessem ser condenados e cumprissem pena “provisoriamente”, após o improvimento dos recursos em segunda instância, enquanto a própria associação ainda estivesse constituída.

³³⁴. Cabe aqui alguns esclarecimentos: i) o código penal brasileiro, em seu artigo 33, §2º, afirma que penas acima de quatro anos, mas inferiores a oito, quando o condenado não for reincidente, serão cumpridas em regime semi-aberto. No caso do HC 126.292, o paciente foi condenado enquanto réu primário, logo, não reincidente; ii) o Recurso Especial é previsto no artigo 102, III da CRFB, e é cabível, dentre outros casos, quando a decisão recorrida viola lei federal (no caso comentado, a sentença de primeira instância violava o previsto no artigo 33, §2º do Código Penal brasileiro).

Temos cuidado na utilização do termo “*cumprimento provisório*” (eis o uso das aspas), pois não concordamos com o mesmo — isto porque, quando o cumprimento da pena exige a restrição da liberdade, em especial na modalidade de encarceramento, não é possível que o mesmo seja provisório. Desta forma, os termos “execução provisória” e “cumprimento provisório” (da pena, do acórdão condenatório, etc) somente serão utilizados quando em referência ao voto dos senhores ministros (pois assim o fazem). Quando da exposição de nossa compreensão a respeito do tema, doravante o faremos com o uso da expressão “cumprimento prematuro”, “cumprimento antecipado”, “execução prematura” e “execução antecipada”.

Com base na exposição acima, temos que a presunção de inocência não é, como afirmou o ministro relator, compatível com a “execução provisória” de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, já que a Constituição brasileira não assegurava a inovadora possibilidade de trânsito em julgado parcial³³⁵. No entanto, como demonstrado, assegura, sim, a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, até o trânsito em julgado — e é esta a concretização do devido processo legal.

3.2.2 Senhor Ministro Edson Fachin

- i) A regra prevista no inciso LVII do artigo 5º, da CRFB, não é uma regra constitucional de caráter absoluto e deve ser interpretada “sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal”³³⁶ antes do trânsito em julgado.

³³⁵. No entanto, no julgamento do Recurso Extraordinário 666.589/DF, de relatoria do ministro Marco Aurélio, à unanimidade, foi aprovada a tese de que “os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso”. Ou seja, há a possibilidade de trânsito em julgado por partes. Todavia, o caso em questão versava sobre direitos patrimoniais e não quanto ao direito fundamental à liberdade, pelo que discordamos da aplicação daquele entendimento neste caso. Ademais, conforme já exposto, a própria Constituição Federal assegura a necessidade do trânsito em julgado no tocante ao cerceamento da liberdade — vide artigo 5º, LVII.

³³⁶. BRASIL, íntegra do acórdão do HC 126.292, op cit., p. 21.

ii) Tal regra deve ser interpretada em “consideração do sistema constitucional como um todo”, ou seja, em conformidade ao princípio da duração razoável do processo e, em especial, ao fato de que o STF e o STJ “não terem sido concebidos, na estrutura recursal [prevista constitucionalmente] (...), para revisar *injustiças do caso concreto*.”³³⁷

iii) Com isso, as regras da Lei de execução penal (lei nº 7.210/84) insculpidas nos artigos 147 e 164 “deixam de ser, (...) argumento suficiente a impedir a execução penal depois de esgotadas as instâncias ordinárias, porque anteriores à Lei nº 8.038/90”. Assim, a “opção legislativa de dar eficácia à sentença condenatória tão logo confirmada em segundo grau de jurisdição está consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias”³³⁸.

Merece ressalvas o argumento acerca da interpretação “sem apego à literalidade” de um dispositivo constitucional, por este versar sobre cláusula pétrea e dizer respeito a matéria processual penal, logo, capaz de interferir na esfera de liberdade individual, no direito de ir e vir, e impôr consequências extrapenais (perda de cargo público, obrigação de indenizar, etc). Este “apego à literalidade” é um tema muito caro à Crítica Hermenêutica do Direito, afinal, esta funda-se na revolução copernicana ocorrida no direito público no segundo pós-guerra, cuja consequência maior foi o elevado grau de autonomia conquistado pelo Direito.

Assim, a compreensão do paradigma do Estado Democrático de Direito é incompatível com o “desapego” à própria Constituição, em especial se os dispositivos desta forem ignorados ou subvertidos em prejuízo das garantias nela mesma previstos. Ou seja, onde lê-se “após o trânsito em julgado”, deve ser lido “após o trânsito em julgado”. Para sustentar este grau de apego mínimo à literalidade do texto constitucional, nos socorremos da lição de Streck³³⁹:

«“cumprir a letra [sic] da lei” significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. [...] Por vezes, “trabalhar” com princípios [...] pode representar uma atitude (deveras) positivista. Utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais — sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) — é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionista de Herbert Hart»

No item 3.3 é analisado, especificamente, um dispositivo legal previsto no Código de Processo Penal brasileiro (doravante CPP) que foi ignorado, por completo, sem lançar mão da justiça constitucional. Mas, por ora, avançamos na análise do voto em comento.

É com base neste “aplicar a letra da lei”, com as devidas ressalvas minuciosamente destacadas pelo jurista fundador da CHD, que afirmamos a impossibilidade de se fazer uma interpretação sem apego à literalidade do texto de base (constitucional) de uma garantia individual. Isto porque, há o direito fundamental à aplicação da legislação democraticamente elaborada (e de compatibilidade constitucional, ressaltamos), em especial, quando o que se busca aplicar é o próprio texto constitucional garantidor de limites à atuação do Estado no cerceamento da liberdade individual (como é o caso da presunção de inocência, prevista no inciso LVII de seu artigo 5º).

No que tange à interpretação da presunção de inocência em “consideração do sistema constitucional como um todo”, e ao fato de que os Tribunais Superiores não compõe a estrutura recursal de revista das *“injustiças do caso concreto”*, a exposição que fizemos a respeito do voto do senhor ministro relator é, aqui, inteiramente cabível — não podemos nos furtar à repetição de que foi o STJ, Tribunal Superior, que revisou uma “injustiça do caso concreto” (o regime inicial de cumprimento da pena) em sede de REsp. Acrescentamos, porém, que é justamente esta interpretação da Constituição “como um todo” que impede a interpretação adotada ao fim do julgamento do HC 126.292/SP.

Temos, como exemplo privilegiado, o artigo 5º, XIX, a respeito da necessidade de se aguardar o trâ-

³³⁷. BRASIL, íntegra do acórdão do HC 126.292, op cit., pp. 22-23, grifo nosso.

³³⁸. Idem, ibidem, p. 24.

³³⁹. STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?* In: Revista NEJ — Eletrônica, vol 15, n. 1, jan-abril 2010 pp. 158-173. pp. 13-14. Disponível em:

<<<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>> Acessado em 29 de agosto de 2016.

sito em julgado para dissolver uma associação. Ou a interpretação como um todo, em respeito à integridade e coerência, é a garantia de que tanto o status de culpado e o cumprimento da pena devem aguardar o trânsito em julgado para ocorrer, ou a interpretação do senhor ministro deve importar, também, na relativização do disposto naquele inciso. De forma a ocorrer uma espécie de “dissolução provisória” da associação quando da confirmação da sentença desconstitutiva em segunda instância.

A respeito dos artigos 147³⁴⁰ e 164³⁴¹ da Lei de Execuções Penais (doravante LEP), lei nº 7.210/84, o senhor ministro as considera insuficientes à obstar a execução penal antes do trânsito em julgado (ou logo após o esgotamento das instâncias ordinárias), por serem anteriores à lei nº 8.038/90, de forma que o cumprimento antecipado da pena é “consentânea com a razão constitucional da própria existência dos recursos às instâncias extraordinárias”.

Desta forma, ou a lei posterior (que versa sobre generalidades) revogou tacitamente artigos específicos, de lei que trata de assunto específico — caso em que, ante aparente antinomia, o critério da especialidade foi superado pela temporalidade —, ou a interpretação está aquém dos limites semânticos do texto.

Ora, a lei de execuções penais trata, especificamente, das peculiaridades que envolvem o cumprimento de penas no sistema carcerário brasileiro; e a lei nº 8.038/90, sobre normas procedimentais gerais acerca da tramitação de processos (de competência originária) e recursos (especiais e extraordinários) no STJ e STF.

O senhor ministro considerou que os dispositivos da LEP devem ser interpretados conforme a lei 8.038/90, porque esta tratava³⁴² dos recursos ao STJ

e STF e a eles não atribuía efeito suspensivo, apenas devolutivo. Logo, estes recursos não possuíam força suficiente para obstar o cumprimento antecipado da pena. Esta interpretação apresenta dois problemas imediatamente identificáveis: i) faz sucumbir o previsto na LEP, pelo advento da lei 8.038/90, como que se uma antinomia aqui se apresentasse e fosse, de pronto, resolvida pelo critério da temporalidade (lei recente revoga lei anterior).

No entanto, isto não é correto, pois a LEP é lei específica e a lei 8.038/90, geral. Assim, não há qualquer antinomia entre elas, mas, mesmo que houvesse, o advento da posterior não surtiria efeitos na anterior, ante o critério da especialidade; ii) trata um problema de concretização de garantia fundamental sob a ótica processual, como se possível um efeito recursal restringir um direito de garantia constitucional. Isto porque, a Constituição garante a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, embora o recurso especial eventualmente recebido pelo STJ não tenha efeito suspensivo. Restringir uma garantia constitucional ao efeito de recebimento de um recurso é aceitar que uma regra processual (logo, de origem infraconstitucional) restrinja uma cláusula pétrea.

Temos, assim, que uma leitura com mínimo apego à literalidade do texto constitucional, bem como, sem subjugar cláusula pétrea à uma regra infraconstitucional acerca do efeito de recursos, faz prevalecer a força normativa da constituição e, portanto, não admite o cumprimento antecipado da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

3.2.3. Senhor Ministro Luís Roberto Barroso

O voto do ministro Barroso é a conjugação de três fundamentos jurídicos com três fundamentos pragmáticos. São fundamentos jurídicos³⁴³:

- i) A Constituição brasileira condiciona a culpabilidade, e não a prisão, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Sendo a privação da liberdade condicionada à “ordem escrita e

³⁴⁰. O mencionado artigo versa sobre a pena restritiva de direitos. Artigo 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

³⁴¹. O mencionado artigo versa sobre a pena de multa: Artigo 164. *Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial*, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. (grifo nosso)

³⁴². À época do julgamento do HC 126.292/SP os artigos a respeito dos recursos especial e extraordinário ainda es-

tavam, vigentes. No entanto, em março de 2016, foram revogados pela vigência do novo Código de Processo Civil.

³⁴³. BRASIL, íntegra do acórdão do HC 126.292, op cit., pp. 27-28.

fundamentada da autoridade judiciária, e não sua irrecorribilidade” — este argumento decorre da leitura “sistemática dos incisos LVII e LXI do artigo 5º da Carta de 1988”.

ii) A presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes.

iii) A confirmação da condenação em grau de apelação esgota as “instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal”.

A argumentação acima exposta, parte da premissa de ocorrência de mutação constitucional quanto ao inciso LVII do artigo 5º, da CF, pois a “alteração na compreensão da realidade social altera o próprio significado do Direito” e embora “o STF tenha se manifestado em sentido diverso no passado, e mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou”³⁴⁴.

A tese (da mutação constitucional) que sustenta os três argumentos jurídicos do voto do senhor ministro possui um problema hermenêutico e outro que afeta a própria legitimação da jurisdição constitucional,³⁴⁵ em especial pelo desequilíbrio do princípio democrático, da divisão de poderes. Enfrentemos primeiro esta e depois os argumentos em si³⁴⁶.

Estamos diante da seguinte situação: o voto aponta que o texto constitucional não corresponde à reali-

dade social e é necessário conferir interpretação mais condizente com a ordem constitucional “no sentido de garantir a efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar, tais como a vida, a integridade psicofísica, a propriedade — todos com *status* constitucional”³⁴⁷. Com isto, o senhor ministro tem que a presunção de inocência “não obsta a execução da pena após a decisão condenatória de segundo grau de jurisdição”, embora deva ela — a presunção — perdurar até o trânsito em julgado, conforme redação do dispositivo constitucional em questão.

O problema hermenêutico apresentado pela tese da mutação constitucional diz respeito à atribuição de sentidos no ato interpretativo. Isto porque, em tempos de intersubjetividade, cujas raízes estão na revolução copernicana que sofreu a filosofia na segunda metade do século XX — estamos a falar da “viragem linguística de cunho pragmatista-ontológico”³⁴⁸ —, não é passível de aceite a livre atribuição de sentidos, quicá quando se trate de textos constitucionais.

Não estamos a afirmar a imutabilidade dos sentidos ou advogar teses originalistas. Não se trata disto. Afirmamos, no entanto, que a atribuição de sentidos (no sentido hermenêutico de “atribuição”, de interpretação aplicativa, da *applicatio* gadameriana³⁴⁹) a uma norma, a partir de um texto, deve respeitar, ao menos, os limites semânticos deste mesmo texto. E isto deve levar em consideração o todo constitucional. Ou, para o uso de uma expressão muito cara à hermenêutica, “o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo.”³⁵⁰

Temos a obrigação de enfrentar este assunto, pois em seu voto o senhor ministro afirma que “[c]omo só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada” e que isto ocorre quando o STF “atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente”³⁵¹.

³⁴⁴. BRASIL, íntegra do acórdão do HC 126.292, op cit., p. 35.

³⁴⁵. STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. “A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da jurisdição constitucional”. In: *Argumenta*: Revista do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI. Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 7. Jacarezinho. 2007. pp. 45-68. p. 60. Disponível em: <<<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/issue/view/7>>> acessado em: 28 de agosto de 2016.

³⁴⁶. Os argumentos II e III são os mesmos aduzidos pelos senhores ministros que o antecederam, pelo que focaremos apenas no primeiro.

³⁴⁷. BRASIL, íntegra do acórdão do HC 126.292, op cit., p. 35.

³⁴⁸. STRECK, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 19.

³⁴⁹. Cfr: GADAMER Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica; trad. Flávio Paulo Meurer; rev. da trad. Enio Paulo Giachini. 6ª ed. Petrópolis. Vozes. 2002. p. 406. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., pp. 475-492. Idem, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, op. cit., pp. 392-396.

³⁵⁰. STRECK, *Verdade e consenso*, op. cit., p. 616.

³⁵¹. BRASIL, íntegra do acórdão do HC 126.292, op cit., p. 32.

A Crítica Hermenêutica do Direito tem que entre texto e norma (sentido do texto) há uma diferença ontológica. Isto importa na impossibilidade de reconhecer uma cisão entre ambos, logo, não há texto sem norma, nem norma sem texto. Essa diferença ontológica é que possibilita o ex-surgir do sentido de determinado texto quando da análise do caso concreto. Dito de outra forma: o ex-surgir da norma depende da leitura do texto — reafirmamos — em sua integridade, ou seja, em conformidade à coerência e integridade do Direito.

Reside aí a atribuição de sentidos da aplicação interpretativa da CHD. Este *atribuir-sentidos* ocorre tanto *na* quanto *pela* linguagem (relação sujeito-sujeito do paradigma da intersubjetividade), pois os sentidos são construídos intersubjetivamente, na esteira da historicidade e da tradição. Assim, o sentido (norma) a ser atribuído a determinado texto deve estar de acordo com os limites semânticos deste e em acordo com o que se fala quando se fala das coisas a que o texto se refere. Na lição de Castanheira Neves, o “importante e decisivo não está em saber o que são as coisas em si, mas saber o que dizemos quando falamos delas, o que queremos dizer com, ou que significado têm, as expressões linguísticas (a linguagem) com que manifestamos e comunicamos esse dizer das coisas.”³⁵²

Não é possível, portanto, em mutação constitucional, atribuir qualquer norma a qualquer texto, ou uma norma em desconformidade ao texto. Neste sentido é a firme lição de Gonet Branco, ao dizer que esta nova interpretação deve “encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes da Lei Maior; do contrário, haverá apenas uma interpretação inconstitucional.”³⁵³

Eis aí nossa divergência quanto ao voto do senhor ministro Barroso, ao afirmar que “mesmo que não tenha havido alteração formal do texto da Constituição de 1988, o sentido que lhe deve ser atribuído inequivocamente se alterou”³⁵⁴ e, logo em seguida, afirmar que a Constituição admite a execução da pena após a condenação em segundo grau e antes do trânsito em

julgado. É este o problema hermenêutico que apresenta a tese da mutação, pois atribui sentido oposto ao mesmo texto constitucional.

Reside aqui, também, o problema da (des)legitimação da justiça constitucional, pois estamos diante de situação em que o texto da Carta Magna brasileira não foi alterado, mas o poder judiciário atribuiu-lhe sentido diverso, oposto. Em outras palavras, excedeu-se. Legislou. Aliás, muito acurada a lição de Streck, Cattoni e Barreto Lima, a respeito da ocorrência de excessos em casos de mutação constitucional³⁵⁵:

Em síntese, a tese da mutação constitucional advoega em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.

A leitura “sistemática” empreendida pelo senhor ministro nos incisos LVII e LXI, do artigo 5º da CF, afirma que é a culpabilidade, e não a prisão, que está condicionada ao trânsito em julgado da condenação, bem como que o fundamento para prisão é a ordem escrita e fundamentada, e não sua irrecorribilidade.

Vê-se, portanto, que há a mitigação, novamente, do devido processo legal — também previsto na Constituição e com status de cláusula pétrea — e que há hipótese de se admitir, então, o encarceramento de alguém sem que este seja, segundo previsão constitucional, considerado culpado. E isto contraria a garantia de que *ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal*. Ademais, uma leitura dos incisos LIV e LXXXVIII³⁵⁶ do artigo 5º da CF, demonstra que a razoável duração do processo e a preocupação com sua celeridade não podem importar na restrição prematura da liberdade. Caso contrário, estar-se-ia utilizando uma garantia processual contra outra, a saber, celeridade contra o devido processo legal.

³⁵². CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia jurídica*, op. cit., p. 89.

³⁵³. GONET BRANCO, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva. 2016. p. 132.

³⁵⁴. BRASIL, íntegra do acórdão do HC 126.292, op cit., p. 35.

³⁵⁵. STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso*, op. cit., p. 61.

³⁵⁶. LXXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A utilização de argumentos pragmáticos em Direito é tema de preocupações na academia. Dworkin, por exemplo, afirma que *argumentos of principle* devem prevalecer sobre *arguments of policy*³⁵⁷. A CHD é fortemente influenciada pela tese dworkiana e afirma que argumentos pragmáticos enfraquecem o grau de autonomia conquistado pelo Direito.

Embora difíceis de refutar, pois argumentos de política são escolhidos conforme a vontade do julgador, apresentamos aqui os fundamentos pragmáticos que nortearam o voto em comento: i) O sistema de justiça criminal tornar-se-á [com a execução antecipada da pena] “mais funcional e equilibrado”; ii) reduz-se a seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, pois reduz “os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena”; iii) rompe o “paradigma da impunidade do sistema criminal”, pois evita que a necessidade de trânsito em julgado impeça a aplicação da pena pela prescrição.³⁵⁸

O problema da utilização de argumentos de política é que eles acabam por “corrigir” o Direito, mas fica a indagação de quem os corrige ou quem assegura que estes foram os melhores? Há, portanto, discricionariedade na escolha de um e não outro *argument of policy*.

Dizemos isto, pois o senhor ministro também poderia ter considerado em seu voto, os seguintes argumentos pragmáticos: i) a declaração, pelo próprio STF, em setembro de 2015, do sistema prisional brasileiro como um “estado de coisas inconstitucional”³⁵⁹, ou seja, um quadro de violação generalizada de direitos e garantias fundamentais; ii) os dados oficiais da população encarcerada no Brasil, que demonstram déficit de 206.307 (duzentos e seis mil, trezentos e sete) vagas nos presídios brasileiros³⁶⁰; iii) a fala do

ex ministro da justiça, ao afirmar que os presídios no Brasil são, em sua maioria, verdadeiras “masmorras medievais”³⁶¹.

3.2.4 Senhor Ministro Luiz Fux

i) A confirmação em segundo grau possibilita “entrevver uma imutabilidade com relação à matéria de mérito da acusação das provas”, o que torna isto indiscutível e não impede que “se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento”. Desta forma, “a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente”, logo, com a confirmação da condenação em segunda instância³⁶².

A fundamentação constante deste voto é similar ao voto do senhor ministro-relator, pois relativiza a presunção de inocência e o trânsito em julgado ao exaurimento das instâncias ordinárias (ao duplo grau de jurisdição). No entanto, esta interpretação reduz a ampla defesa e o devido processo legal apenas a estas instâncias, como se os recursos apresentados aos Tribunais Superiores não tivessem o condão de anular, por ilegalidades, atos do primeiro e segundo graus de jurisdição.

A respeito da redução do devido processo legal a um princípio de importância aparentemente secundária (relativizável), pois certamente o trânsito em julgado antecipado causa este efeito, trazemos a lição conjunta de Lenio Streck, Marcelo Cattoni de Oliveira e Martonio Barreto Lima³⁶³: “Ora, se o devido processo legal serve para preservar direitos, *não é em nome dele que se pode fragilizar o próprio processo*. Dia-a-dia, o sistema processual caminha para o esquecimento das singularidades dos casos.”

Novamente, devemos ressaltar que o HC 126.292/SP, que amiúde analisamos, tratava, justamente, de dois equívocos cometidos pelas instâncias ordinárias:

³⁵⁷. Sobre princípios em Dworkin, ver: DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Oxford. Clarendon Press. 1986, pp. 09-103. Sobre a refutação de argumentos pragmáticos na CHD, cfr: STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da Constituição, op. cit., pp. 581 e ss.

³⁵⁸. BRASIL, íntegra do acórdão do HC 126.292, op cit., p. 28.

³⁵⁹. Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>> acessado em: vinte e oito de agosto de 2016.

³⁶⁰. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/impressa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>> acessado em: vinte e oito de agosto de 2016.

³⁶¹. Disponível em: <<<https://www.youtube.com/watch?v=10vdCXM1y2I>>> acessado em : vinte e oito de agosto de 2016.

³⁶². BRASIL, íntegra do acórdão do HC 126.292, op cit., p. 59.

³⁶³. STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A nova perspectiva do supremo tribunal federal sobre o controle difuso*, op. cit., p. 58, itálico nosso.

i) a fixação de regime inicial de cumprimento de pena erroneamente (o que foi reconhecido em REsp pelo STJ) e; ii) a decretação da prisão, de ofício, a partir de apelação apresentada pelo réu que recorria em liberdade (o ato do TJSP reconhecido como ilegal pelo Subprocurador da República e pelo senhor ministro-relator quando do deferimento da liminar). Não há, portanto, dissociação entre presunção de inocência, ampla defesa, devido processo legal e trânsito em julgado. Todos estão intrinsecamente relacionados e a violação de um interfere diretamente no(s) outro(s).

3.2.5 Senhora Ministra Cármen Lúcia

i) É a condenação confirmada em segundo grau que “leva ao início de cumprimento de pena” e isto não afeta a presunção de inocência, no entanto, “as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado”. E este entendimento justifica-se porque a Constituição deve ser interpretada no sentido “de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado”. Ou seja, “o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito em julgado, e não a não condenação”³⁶⁴.

Assim como foi nossa divergência quanto ao voto do senhor ministro-relator e ao senhor ministro Luiz Fux, aqui o óbice ao cumprimento antecipado de pena não reside apenas no princípio da presunção de inocência, mas primordialmente no devido processo legal e em certa inversão da gravidade das consequências da condenação.

Conforme o voto sob análise, as “consequências eventuais” características do trânsito em julgado de sentença penal condenatória somente “haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado”. Cabe aqui a indagação sobre quais são as mencionadas características eventuais que somente serão sofridas após o trânsito em julgado, embora o indivíduo já esteja cumprindo pena antecipadamente desde a confirmação de sua condenação em segunda instância.

Os efeitos (consequências) da condenação, que não são automáticos e devem ser motivados na sentença condenatória, estão previstos nos artigos 91 e

92 do Código Penal e, dentre todos, podemos destacar: i) tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; ii) a perda de bens, em favor da união, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, que constituam proveito oriundo do crime; iii) a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo e; iv) inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado para a prática de crime doloso.

Desta forma, pode o indivíduo ser encarcerado prematuramente para o cumprimento antecipado da pena, mas não poderá sofrer as consequências eventuais da condenação. Não seria a restrição da liberdade a consequência maior de uma sentença penal condenatória? A consequência maior que retiramos do voto da senhora ministra é que a privação da liberdade (fora das hipóteses de prisão cautelar) pode ocorrer antes do trânsito em julgado, mas consequências extrapenais não podem ser sofridas pelo preso.

Depreende-se daqui a violação da proporcionalidade e da coerência da Constituição, ante a maior proteção às consequências extrapenais do que à própria liberdade. Dito de outra forma: retomando nosso posicionamento a respeito da garantia constitucional ao devido processo legal, temos que o voto ora analisado a relativiza no, que tange à privação da liberdade (para execução antecipada da pena), mas a respeita integralmente (em sua literalidade) quanto às consequências extrapenais da sentença condenatória. Isto porque, a referida garantia (inciso LIV do artigo 5º da CF) é firme em assegurar que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*.

Em outras palavras: no que tange ao cumprimento antecipado da pena, o devido processo legal asseguraria o trânsito em julgado logo com a confirmação da condenação em segunda instância (exaurimento das instâncias ordinárias). Todavia, no caso das consequências eventuais da condenação, o devido processo legal há de assegurar que o trânsito em julgado configure óbice à imposição destas. Para se evitar este tipo de incongruência, deve-se respeitar os limites semânticos mínimos do texto constitucional.

Noutro giro, o voto em voga assenta o entendimento de que ora discordamos na afirmação de que “o que a Constituição determina é a *não culpa definitiva* antes do trânsito em julgado, e não a não condenação”. A análise das expressões aqui contidas necessita de cautela, pois aceita que “a não culpa definitiva” é compatível com a presunção de inocência, por

³⁶⁴. BRASIL, íntegra do acórdão do HC 126.292, op cit., pp. 61-62.

não ocorrer antes do trânsito em julgado, enquanto a condenação, não. É dizer, portanto, que a Constituição assegura a “não culpa definitiva antes do trânsito em julgado” (isto representa a presunção de inocência), mas não a “não condenação” (ou seja, a Constituição assegura a condenação antes do trânsito em julgado). Este é um argumento tautológico.

Em primeiro lugar, cabe destacar que, por razões óbvias, a condenação sempre ocorrerá antes do trânsito em julgado. Segundo, a expressão “não culpa definitiva”, importa na correspondência com as frases “não culpado em definitivo” e “não culpado definitivamente”. Com isto, afirmar que um “não definitivamente culpado” cumpra pena antecipadamente, logo, definitivamente, é cometer uma injustiça no caso concreto — por contrariar a garantia constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. É dizer que alguém ainda não considerado culpado pode cumprir pena antes da concreção de sua culpa.

A tese da senhora ministra cria uma espécie de “meio culpado” antes do trânsito em julgado e “completamente culpado”, após. Ocorre que a Constituição é bastante clara em prever que somente se pode taxar um indivíduo de culpado com o trânsito em julgado. Não há, portanto, meio termo. Ou há o trânsito em julgado, ou não.

3.2.6 Senhor Ministro Gilmar Mendes

i) A garantia institucional, caracterizada pelo princípio da “presunção de não culpabilidade impõe o ônus da prova e de sua autoria à acusação”, impede de se tratar o réu “como culpado até o trânsito em julgado da sentença”. No entanto, “a definição do que vem a ser tratar como culpado depende de intermediação do legislador”. Com isto, a norma constitucional “está longe de precisar o que vem a ser considerar alguém culpado”.³⁶⁵

ii) Todavia, ainda assim, a presunção de não culpabilidade “não impõe que o réu seja tratado da mesma forma durante todo o processo. Conforme se avança e a culpa vai ficando demonstrada, a lei poderá impor tratamento (...) diferenciado”. Desta forma, “não é de se considerar que a prisão, após a decisão

do tribunal de apelação, haja de ser considerada violadora desse princípio”.³⁶⁶

Percebe-se que o cerne do voto em análise é similar ao voto da senhora ministra Cármen Lúcia, ao do senhor ministro Luiz Fux e do senhor ministro-relator, uma vez ser, ao fim e ao cabo, tanto a relativização do princípio da presunção de inocência (referido pelo ministro Gilmar Mendes como “presunção da não culpabilidade”) quanto do devido processo legal.

Desta forma, entende(m) que a presunção de inocência sofre um abalo quando da confirmação da sentença condenatória pelo segundo grau de jurisdição, pelo que a prisão para cumprimento antecipado da pena não viola este princípio constitucional. Conforme já exposto³⁶⁷, o texto constitucional é contrário a isto e seus limites semânticos e sua integralidade textual devem ser respeitados (vide incisos LVII e LXII do artigo 5º). Ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Ademais, o voto por ora escrutinado afirma que não há definição do que “vem a ser considerar alguém culpado” e que isto há de depender da atividade legislativa. Não podemos concordar com esta afirmativa, afinal, a leitura do artigo 5º, LVI da CF, afirma que para se considerar alguém culpado é necessária sentença penal condenatória transitada em julgado. Ou seja: culpado é aquele contra quem pesa sentença penal condenatória transitada em julgado. Ou ainda: não basta que tenha uma sentença penal condenatória para ser considerado culpado, pois há de ocorrer, necessariamente, e quanto a isto não temos dúvidas, o trânsito em julgado.

O que queremos dizer, portanto, é que não basta uma sentença condenatória proferida em primeiro grau e confirmada em segunda instância para que se considere alguém culpado. Isto porque — não podemos nos furtar da repetição —, *ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. A Constituição não define apenas o que é “culpado”, como também impõe o óbice temporal (o trânsito em julgado) para que alguém seja assim considerado. Assim, impor tratamento diferenciado àquele que teve a condenação confirmada em segunda instância é reduzir tanto o âmbito de sua ampla

³⁶⁵ BRASIL, íntegra do acórdão do HC 126.292, op cit., p. 67.

³⁶⁶ BRASIL, íntegra do acórdão do HC 126.292, op cit., p. 72.

³⁶⁷ Ver item 4.2.3

defesa quanto do devido processo legal. É atentar contra seus direitos fundamentais.

Com isto, temos que a presunção de inocência impede, sim, que venha a se impor um tratamento diferenciado ao réu durante o processo (entre a confirmação da sentença condenatória pela segunda instância e o trânsito em julgado). Impor este tratamento diferenciado, afirmando ser ele constitucionalmente adequado, é afirmar que o inciso XLI, do artigo 5º da CF, é incompatível com ela própria, pois nele se prevê que *a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*. É aceitar que a própria Carta Política atente contra direitos e liberdades daqueles que respondem processos criminais.

3.3 O contraste à legalidade

Expomos cuidadosamente nossas críticas lhanas aos respectivos votos dos senhores ministros do Supremo Tribunal Federal e demonstramos, amiúde, o porquê de nossa divergência quanto à interpretação constitucional. Todavia, nossos comentários foram dirigidos aos argumentos centrais dos respectivos votos e não ao resultado do julgamento propriamente dito, a saber, a aprovação da tese de que *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal*.

Para o desenrolar de nossas críticas à orientação estabelecida quando do julgamento do HC 126.292/SP, não há diferença em acatar ou não a tese aprovada. Isto porque, o posicionamento doravante exposto decorre da impossibilidade legal de se executar antecipadamente sentença penal condenatória antes do trânsito em julgado. Queremos dizer: o posicionamento adotado pelo STF foi de que o cumprimento antecipado é compatível com a presunção de inocência, logo, com a Constituição, e nosso posicionamento é que, mesmo que isto esteja correto, há impossibilidade legal de assim proceder.

Desta forma, se estivermos corretos quanto à incompatibilidade da execução prematura da pena com a presunção de inocência, então qualquer lei que abarque a prisão antecipada há de ser declarada inconstitucional. Noutro giro, caso sejam compatíveis,

como declarou a suprema corte, há de existir lei que regule o cumprimento antecipado da pena. É esta a hipótese que nos interessa neste tópico.

Afirmamos que é necessária regulação legal, pois a Constituição Federal, em seu inciso XLVI, artigo 5º, afirma que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, a privação ou a restrição da liberdade. Eis aí a previsão da reserva legal, a home-nagear os princípios da legalidade, *democrático e da separação de Poderes*³⁶⁸. Está-se diante de reserva legal em sentido estrito quando o *texto constitucional*³⁶⁹ atribui a regulação de determinada matéria ao poder legislativo. São exemplos desta determinação constitucional o artigo 5º, XXXIX³⁷⁰ e XLVI e artigo 150, I³⁷¹. Quanto à redação do artigo 5º, XXXIX da CF, é salutar a lição de Gilmar Mendes³⁷²:

O artigo 5º, XXXIX, da CF/88, contém, em verdade, duas normas e máximas básicas: *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*. Não há crime sem lei anterior e, igualmente, não há pena sem lei precedente que a comine. Em outros termos, a prática de um ato, ainda que reprovável de todos os pontos de vista, somente poderá ser reprimida penalmente se houver lei prévia que considere a conduta como crime. A fórmula “*não há pena*” explicita que a sanção criminal, a pena ou a medida de segurança somente poderão ser aplicadas se previamente previstas em lei.

Queremos dizer, assim, que a Constituição brasileira é explícita ao afirmar que caberá à lei regular a individualização da pena. O inciso I, de seu artigo 22, prevê, ainda, que compete privativamente à União legislar sobre matéria penal e processual penal. Re-

³⁶⁸. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 505.

³⁶⁹. Este é o posicionamento do STF quanto à reserva legal em sentido estrito, também chamada de reserva legal absoluta. Cfr. HC 85.060/PR. Relatoria do Min. Eros Grau. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 13/02/2009 — ATA Nº 2/2009 — DJE nº 30, divulgado em 12/02/2009.

³⁷⁰. Artigo 5º, XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

³⁷¹. Artigo 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I — exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

³⁷². MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. op. cit., p. 505, itálicos do autor.

tiramos daqui a certeza de que a regulação da individualização da pena (privativa ou restritiva da liberdade) depende de produção do legislativo federal. Do Congresso Nacional, pois.

Assegura-se, assim, que qualquer limitação ao direito à liberdade é decorrente de expressa disposição constitucional ou mediante produção legislativa com fundamento imediato na própria Constituição³⁷³.

A regulação dos tipos de prisão admitidas no direito brasileiro³⁷⁴ é prevista no artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), com a seguinte redação: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

Nota-se que o legislador foi taxativo ao elencar os seguintes tipos de prisão: i) em flagrante delito; ii) por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, em três casos: a) em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado; b) em virtude de prisão temporária ou; c) prisão preventiva. Estas duas últimas hipóteses de prisão podem ocorrer no curso de investigação ou de processo e são chamadas de prisões cautelares.

Dito de outra forma: são cabíveis no processo penal brasileiro a prisão em flagrante, as prisões cautelares (preventiva e temporária) e a prisão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado. Ou ainda: não há expressa previsão legislativa a autorizar o cumprimento antecipado da pena, após a confirmação do acórdão condenatório em segunda instância. Descabida, portanto, a “execução provisória” por violação da reserva legal em sentido estrito.

Conforme expomos à saciedade, não concordamos com a afirmativa de que o cumprimento antecipado da pena é compatível com a presunção de inocência, pois temos que isto viola tanto a esta presunção quanto ao devido processo legal, além de desrespeitar o significado de trânsito em julgado. No entanto, ainda que se compartilhe do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não se pode encarcerar ninguém no Brasil, em acordo com a legalidade, fora das espécies de prisão admitas pelo CPP acima explicadas. Queremos dizer,

portanto, que mesmo se a suprema corte brasileira estiver correta em sua interpretação, ainda que esta esteja de acordo com a Constituição vigente, ninguém pode(ria) ser preso em decorrência do entendimento sedimentado em dezessete de fevereiro de 2016.

Além da prisão para cumprimento não estar prevista no artigo 283 do CPP, há dois obstáculos para seu cumprimento: i) a decisão do STF não tem força de lei, logo, não pode fazer as vezes do processo legislativo e suprir, ela mesma, a reserva legal absoluta e; ii) o artigo 283 do CPP não foi declarado inconstitucional³⁷⁵ pela suprema corte, ou seja, é válido e deve ser respeitado — de forma que as espécies de prisão nele contidas são as únicas existentes (com exceção das previstas em lei especial) no processo penal brasileiro.

Parece-nos, desta forma, que as prisões realizadas a título de cumprimento antecipado da pena (após a confirmação da condenação em segunda instância, todavia, antes do trânsito em julgado) em decorrência do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal são flagrantemente ilegais. E prisões ilegais, por previsão constitucional, devem ser *imediatamente relaxadas* por força do inciso LXV do artigo 5º.

4. Uma necessária desleitura

A expressão “desleitura” é utilizada por Harold Bloom, crítico literário americano, em seu livro *Um mapa da desleitura*, no qual desenvolve sua teoria da poesia e ensina como realizar leituras poéticas. Segundo o autor, a leitura é sempre um ato tardio e a desleitura crítica é capaz de realizar a desapropriação da influência que um texto tem em outro. Isto porque, a <<relação de influência governa a leitura assim como governa a escrita, e a leitura, portanto, é uma ‘desescrita’ assim como a escrita é uma desleitura>>.

³⁷⁶

³⁷³. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional, op. cit., p. 198.

³⁷⁴. Com exceção daquelas reguladas por lei especial, como a prisão administrativa, transgressão e prisão militar.

³⁷⁵. É digno de nota que o artigo 283 do CPP foi mencionado somente duas vezes em todo o acórdão, ambas realizadas pelo senhor ministro Roberto Barroso e limitadas a afirmar que o dispositivo infraconstitucional não serve para impedir a prisão após condenação em segundo grau.

³⁷⁶. BLOOM, Harold. *Um mapa da desleitura*. Trad. de Thelma Médici Nóbrega; Tradução do prefácio de Marcos

Devemos ressaltar, portanto, que nossa análise não é voltada às possíveis influências teóricas que compõe o fundo paradigmático de cada um dos ministros da suprema corte brasileira — como, por exemplo, a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy que é claramente perceptível no voto do senhor ministro Luís Roberto Barroso. Focamos, no entanto, em realizar uma desapropriação da escrita sobre a presunção de inocência pelo STF. Nosso foco é uma “desescrita”, ou seja, uma leitura da orientação firmada pelo STF em fevereiro de 2016.

Esta leitura (“desescrita”) crítica³⁷⁷ nos permitirá, ao fim, afirmar que a corte suprema não foi influenciada pelo que vinha sendo formado no campo jurídico brasileiro a respeito da garantia da presunção de inocência e de trânsito em julgado. Em outras palavras: a decisão do STF ignorou os sentidos dos institutos mencionados e os reescreveu.

4.10 Habeas Corpus 84.078/MG e a lei 12.403/2011

O entendimento firmado em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do HC 126.292/SP pelo STF, contraria entendimento de outrora, no sentido de que a presunção de inocência configura(va) obstáculo constitucional à execução antecipada da pena.

Em 05 de fevereiro de 2009 foi julgado pela corte suprema o *habeas corpus* nº 84.078/MG, de relatoria do senhor ministro Eros Roberto Grau, e a sete votos a quatro foi alterada a orientação que vigorava até então. Ou seja, até 04 de fevereiro de 2009 aquela corte tinha o entendimento de que a Constituição era compatível com a execução antecipada; em 05 de fevereiro daquele ano, ela o alterou e; em 17 de fevereiro de 2016, alterou-o novamente e passou a adotar a postura de antanho. Fazemos uma desleitura deste emaranhado de orientações.

Três anos após a promulgação da Constituição de 1988, em vinte e oito de junho de 1991, em votação unânime, o Supremo Tribunal Federal firmou o posicionamento de que “a presunção de inocência não

impede a prisão decorrente de acórdão que, em apelação, confirmou a sentença penal condenatória recorrível”. Isto ocorreu no julgamento do *habeas corpus* 68.726/DF³⁷⁸ de relatoria do senhor ex-ministro Néri da Silveira — importante ressaltar que o inciso LVII, do artigo 5º da CF, tinha a mesma redação de hoje.

A fundamentação à época era no sentido de que mantida a sentença condenatória em grau de apelação, pois “exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim ilegal, o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu”. O entendimento de compatibilidade entre presunção de inocência e execução provisória da pena foi mantido³⁷⁹ até 2009.

Em fevereiro daquele ano, conforme exposto no início deste capítulo, o HC 84.078/MG representou uma viragem no entendimento da suprema corte brasileira, ao estabelecer as seguintes orientações: i) a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar; ii) a ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito, pois engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária, pelo que a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa; iii) a antecipação da execução penal é incompatível com o texto da Constituição.

Merece destaque que em doze de março de 2001 foi proposto, pelo poder executivo, o projeto de lei número 4.208/2011³⁸⁰ que visava uma reforma no âmbito processual penal. Posteriormente, foi transformado na lei ordinária número 12.403/2011, sancionada em quatro de maio de 2011. É esta a lei que

Santarrita. Rio de Janeiro. Imago editora. 2003. p. 23.

³⁷⁷. Segundo Bloom, um ato crítico “*pode não ser sempre um ato de avaliação, mas é sempre um ato de decisão, e o que tenta decidir é o significado*”. In: BLOOM, Harold. *Um mapa da desleitura*, op. cit., 23. É neste contexto que buscamos nos posicionar a respeito do resultado da orientação do STF.

³⁷⁸. Disponível em: <<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71186>>> acessado em: vinte e nove de agosto de 2016.

³⁷⁹. Exemplos de posicionamentos iguais são: HC 70.662, Rel. Min. Celso de Mello, 04/11/1994; HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, 16/6/1995; HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, 30/06/1997; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, 5/11/2004; HC 91.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJE de 7/12/2007;

³⁸⁰. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=401942&filename=PL+4208/2001>> acessado em: vinte e oito de agosto de 2016.

introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o artigo 283 do Código de Processo Penal.

Conforme afirmamos anteriormente, o dispositivo ora em questão satisfaz o requisito da reserva legal em sentido estrito e apresenta quatro espécies de prisão admitidas no processo penal brasileiro. Repetimos, pois, quais são estas³⁸¹: i) prisão em flagrante; ii) prisão decorrente de sentença penal condenatória *transitada em julgado*; iii) prisão preventiva e; iv) prisão temporária. Sendo estas duas últimas espécies de prisão cautelar, passíveis de aplicação tanto no curso da investigação quanto do processo.

Embora o mencionado projeto de lei tramitasse em regime de urgência desde treze de março de 2002, somente foi aprovado em 2011. Nota-se, portanto, que ao entrar em vigência, o artigo 283 do CPP dá suporte ao entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal em fevereiro de 2009, no sentido de que *a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar*.

Dito de outra forma: por não trazer previsão expressa (ante a necessidade de reserva legal em sentido estrito) de encarceramento prematuro para *cumprimento da pena*, o artigo 283 assegura que o condenado em primeira e segunda instância somente pode ser preso mediante prisão cautelar ou após o trânsito em julgado. Homenageia-se, assim, a presunção de inocência, a ampla defesa e o devido processo legal. Está de acordo, ainda, com a (antiga) interpretação/orientação firmada pelo STF quanto à incompatibilidade entre prisão antecipada e presunção de inocência, no ano de 2009.

Para corroborar nosso posicionamento, trazemos à colação a explicação da ementa do projeto de lei 4.208/2001³⁸²: “Estabelece critérios e aumenta o rol das medidas cautelares; indica as espécies de prisão

admitidas: prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado; revogando-se a prisão em decorrência de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória e dispondo sobre a liberdade provisória e concessão de fiança.” Não há menção à prisão após confirmação da sentença condenatória em segunda instância. Por isto e com base em todo o exposto, afirmamos, mais uma vez, nossa discordância com a viragem de entendimento da suprema corte brasileira ocorrida em dezessete de fevereiro de 2016, no HC 126.292/SP.

4.2 O Palimpsesto da presunção de inocência

Nos valem da utilização metafórica do termo “palimpsesto”, de forma a aplicá-lo às alternâncias jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, uma vez denominar-se palimpsesto a escrita por sobre um pergaminho já utilizado, cuja escrita primeira foi lavada ou raspada de forma a possibilitar ali nova escrita³⁸³. Ángel Escobar ensina que o mesmo pergaminho poderia ser reescrito, sobrescrito, duas vezes, *de modo que un mismo manuscrito nos transmite tres escrituras y tres textos de distinta cronología*³⁸⁴. Curiosamente, o instituto da presunção de inocência sofre três “sobrescritas”³⁸⁵ no STF, de 1991 até 2016. Foi três vezes “palimpsestado”³⁸⁶.

A Consolidação de 1988 ao estabelecer em seu artigo 5º, LVII, a garantia de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença

³⁸¹. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm#art1>> acessado em: vinte e nove de agosto de 2016.

³⁸². Esclarecemos que não é nossa intenção incorrer em discussões do tipo *voluntas legis* ou *voluntas legislatoris*. Apenas trazemos a ementa do projeto de lei para corroborar que uma interpretação conforme a Constituição e em respeito aos limites semânticos do artigo 283 do CPP, é incapaz de extrair deste a possibilidade de prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=401942&filename=PL+4208/2001>> acessado em: vinte e oito de agosto de 2016.

³⁸³. “Solemos denominar <<palimpsestos>> a los códices escritos sobre folios de pergamino cuya primera escritura se eliminó mediante lavado o raspado para poder transcribir sobre ese mismo pergamino un segundo texto.” ESCOBAR, Ángel (ed). *El palimpsesto grecolatino como fenómeno librario y textual*. Presentación de Dieter Harlfinger. Zaragoza. Institución Fernando el Católico. 2006. p. 16.

³⁸⁴. ESCOBAR, Ángel (ed). *El palimpsesto grecolatino*, op. cit., pp. 16-17.

³⁸⁵. “En un momento determinado se realiza la eliminación — por raspado o mediante simple lavado — de la primera escritura, dejándose así la superficie apta para una segunda copia que se superponía a la primera [...]” ESCOBAR, Ángel (ed). *El palimpsesto grecolatino*, op. cit. p. 19.

³⁸⁶. Idem, ibidem, p. 19.

penal condenatória”, rompe de forma clara, inequívoca, com o ranço autoritário que se faz(ia) presente de quando em vez desde a época do Estado Novo. Exemplo disto são dois dispositivos que vigoraram no ordenamento jurídico brasileiro, em períodos distintos, antes de 1988: o decreto-lei nº 88 de 1937 e o ato institucional nº 5 de 1968.

O primeiro, tratava das competências do Tribunal de Segurança Nacional — responsável pelos crimes contra *a existência, a segurança ou integridade do Estado e a estrutura das instituições* — e estabelecia em seu artigo 20, nº 5, que: “*Presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário*, sempre que tenha sido preso com arma na mão, por ocasião de insurreição armada, ou encontrado com instrumento ou documento do crime.”³⁸⁷

Isto significa que cinquenta anos antes do advento da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, nos crimes contra o Estado, o acusado era considerado culpado desde o princípio, cabendo-lhe provar o contrário. Figurava uma espécie de *presunção de culpabilidade*, de “não-inocência”, e o ônus da prova era inteiramente do acusado.

O segundo, por sua vez, vigorou durante a ditadura militar e entrou em vigor na data de treze de dezembro de 1968. O ato institucional número cinco previa, em seu artigo 4º que: “No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.”

Possível perceber, assim, que vinte anos antes da promulgação da Constituição hoje vigente, quaisquer cidadãos, inclusive parlamentares, poderiam ter seus direitos vilipendiados sem o devido processo legal. Em outras palavras, períodos autoritários moldaram as décadas que antecederam a Constituição de 1988. Eis então que promulgada em cinco de outubro daquele ano a Constituição Cidadã, com expressa, explícita, clara e inequívoca previsão das garantias de presunção de inocência (até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória) e do devido processo

legal. Além de extenso rol de outras garantias e direitos fundamentais.

Em suma: do ônus da prova do culpado em provar sua inocência (durante o Estado Novo); passando por duas décadas de regime militar, após o qual o constituinte originário instituiu, dentre outras, as garantias da presunção de inocência até o trânsito em julgado e do devido processo legal — nitidamente para evitar novas doses autoritárias no cerceamento de direitos; pelo posicionamento da suprema corte em 2009, que rompeu com o modo velho de se ver o Direito novo e fez valer o texto constitucional; pelo advento do artigo 283 do Código de Processo Penal (com redação da lei 12.403/2011); até a orientação oriunda do HC 126.292/SP, podemos retirar uma forte conclusão: em uma tão recente democracia como a brasileira, direitos fundamentais constitucionalmente assegurados não foram ainda plenamente conquistados.

Embora o posicionamento do STF no ano de 1991 ainda fosse restritivo quanto à presunção de inocência, em 2009 a corte suprema permitiu *vir-à-tons* o autêntico acontecer da garantia contida no inciso LVII do artigo 5º da CF. Dizemos *autêntico acontecer*, pois como restou demonstrado no capítulo anterior, ela — a presunção de inocência — somente pode ser compreendida em conformidade às demais garantias constitucionais. Caso contrário, seria afirmar que a Constituição possui dispositivos não compatíveis entre si.

Queremos dizer, assim, que em 2009 o STF resgatou o sentido da “coisa mesma” na “Constituição mesma”, superando o entendimento anterior. A corroborar esta superação, esta evolução no *garantir* de direitos fundamentais pelo judiciário, o legislativo aprovou, em 2011, a reforma no processo penal brasileiro e passou a vigorar o artigo 283 do CPP. Todavia, em 2016, o próprio judiciário reescreveu o sentido de presunção de inocência e de trânsito em julgado e, ao ignorar os avanços ocorridos nos anos anteriores, resgatou jurisprudência superada.

Se considerarmos a necessidade da coerência narrativa para a descrição do Direito como fenômeno de um “relato civilizatório”, na esteira da proposta da *teoria narrativista* de Calvo González³⁸⁸, é certo que os sentidos atribuídos à “presunção de inocência” e “trânsito em julgado”, pelo STF em 2016, configu-

^{387.} Artigo 5º, do decreto-lei 88/37: Os crimes a que se referem as leis ns. 38, de 4 de abril de 1935; n. 136, de 14 de dezembro de 1935, e 244, de 11 de setembro de 1936, são considerados delitos contra a existência, a segurança ou integridade do Estado e a estrutura das instituições.

^{388.} GONZÁLEZ, José Calvo. *O Direito curvo*, op. cit., pp. 50 e ss.

ram um ponto *fora da curva*. Isto porque, o *atribuir sentido* a um enunciado fático, como narrativamente coerente, somente é possível através da *construção do sentido*, já que este não repousa nem no intérprete e nem no texto-em-si-mesmo.

Na lição de González, o sentido “não se localiza em um *topos* prévio ou de partida, nem em lugar ulterior e de chegada; o sentido é a própria fábrica narrativa do sentido, a construção da promessa de sentido.”³⁸⁹ Desta forma, ao encarmos a conquista e a evolução das garantias constitucionais aqui comentadas — a presunção de inocência e o devido processo legal —, notamos que o Supremo Tribunal Federal as reescreveu, atribuindo-lhes por conta própria sentidos diversos dos limites semânticos do texto constitucional e isto feriu a coerência narrativa do “relato civilizatório” da sociedade brasileira. Ou ainda: feriu a coerência e integridade do Direito, pois fugiu ao sentido da “coisa mesma” no interior da Constituição.

É este *reescrever* que ora denominamos de palimpsesto, ou seja, é o escrever por cima do que foi (e vinha sendo) escrito. Melhor dizendo: este palimpsesto da presunção de inocência teve início com a Constituição de 1988, que superou os períodos de autoritarismo que a antecederam; passou pela obnubilação de sentido configurada pelo entendimento da década de noventa; pelo *vir-à-tona* do *acontecer* do disposto no inciso LVII do artigo 5º da CF, em 2009; pelo reforço configurado pelo artigo 283 do CPP em 2011 e; pelo retrocesso ocorrido em 2016. Nota-se que cada um destes momentos representa um *escrever-por-sobre* o momento anterior e que nos anos de 1991 e 2016 a coerência narrativa (González) foi prejudicada.

³⁸⁹ Idem, ibidem, p. 52. Neste ponto, especificamente, reside a correspondência do pensamento de González com a hermenêutica trabalhada por Gadamer. Isto porque, o excerto mencionado afirma que os sentidos são construídos e não dados e entregues à consciência do intérprete. É esta a premissa gadameriana que embasa a Teoria Narrativista do Direito. Citando Gadamer, podemos ver mais claramente esta correspondência: “Procuro demonstrar aquilo que é comum a todas as maneiras de compreender e mostrar que a compreensão *jamais é um comportamento subjetivo frente a um ‘objeto’ dado*, mas pertence à história efetual, e isto significa, pertence ao ser daquilo que é compreendido.” In: GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*; trad. Flávio Paulo Meurer; nova rev. da trad. Enio Paulo Giachini. 6ª ed. Petrópolis. Vozes. 2002. p. 18, grifo nosso.

Assim sendo, a primeira oração do título deste estudo traz um duplo significado, pois a expressão “o palimpsesto da presunção de inocência no Supremo Tribunal Federal” traz tanto a dimensão evolutiva do sentido desta garantia constitucional (ou seja, sua construção histórica) quanto ao (f)ato do tribunal constitucional ter “escrito” um novo significado a ela — com base no mesmo texto constitucional. Ou seja: referimo-nos tanto à história significativa (descoberta com a “raspagem” das viragens jurisprudenciais) quanto às sobrescritas realizadas pelo STF — cujo último marco é o HC 126.292/SP, amiúde analisado. É tanto a leitura passível de ser feita, quanto a escrita que a possibilitou.

Buscamos com isto, demonstrar que o conteúdo do artigo 5º, LVII da CF, não é um *conteúdo-em-si-mesmo*, advindo de um lugar qualquer, cujo significado está vulnerável à composição da suprema corte. Pois se assim o é, não deveria. Preocupamo-nos, portanto, em demonstrar que seu sentido tem, antes de qualquer coisa, uma construção no seio da história. Por isso realizamos a *desleitura* do instituto e “raspamos as camadas” que o encobrem — o que nos permitiu notar a incoerência do posicionamento último do STF, quando contrastado à luz do sentido do texto constitucional e da integridade e coerência do Direito.

5. Considerações finais

Dizemos ser o posicionamento último “incoerente”, pois em sendo a presunção de inocência oriunda da necessidade de se assegurar o devido processo legal aos cidadãos de um país, no qual há certo ranço de autoritarismo sempre à espreita, não podemos aceitar que o tribunal constitucional desrespeite os limites mínimos do texto constitucional, bem como a legislação infraconstitucional vigente, e, assim, decida contrariamente à Constituição — e aos direitos e garantias fundamentais.

E foi exatamente isto que ocorreu pelo encurtamento do significado de “trânsito em julgado” para “após confirmação da condenação em segunda instância”, que autorizou o cumprimento antecipado da pena. Assim, passou a se dizer o oposto daquilo que o próprio STF havia definido em 2009, a respeito da

mesma previsão constitucional e, para tanto, lançou-se mão de diversos argumentos, inclusive, de argumentos pragmáticos a afirmar que a manutenção da presunção de inocência até o trânsito em julgado torna(ria) ineficiente a jurisdição penal.

Ora, afirmar que a Constituição é culpada pela morosidade da jurisdição penal e que os direitos e garantias fundamentais nela previstos vão contra a própria funcionalidade democrática, é o mesmo que dizer que ela — a Constituição — contradiz a si mesma. Que trai a si própria. Em outras palavras: é afirmar que ela falhou ao impôr limites à acusação estatal e que os períodos autoritários — ditadura militar e o Estado Novo —, guardadas as devidas proporções, possuíam melhores mecanismos de assegurar a funcionalidade da justiça penal.

É como reconhecer que, paradoxalmente, as garantias constitucionais fizeram com que a jurisdição evoluísse em direção ao retrocesso, à disfuncionalidade. E isto não podemos aceitar. Este estudo é, portanto, nossa recusa em encarar as garantias constitucionais como incompatíveis com a democracia que buscam estabelecer. São estas nossas lhanas considerações a respeito da viragem jurisprudencial (de grande efeito simbólico) ocorrida no julgamento do HC 126.292/SP pelo Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2016.

Os soldados do Muro de Berlim: Entre o dever de obediência, a moral e a Ética

The soldiers of the Berlin Wall — between the duty of obedience, moral and ethics

Maria de Fátima Magalhães da Rocha

Observadora Internacional das Nações Unidas na Colômbia.

Email: fatimarochak@gmail.com

Resumo: A construção do Muro de Berlim chocou o mundo. A divisão da Alemanha em dois territórios distintos traduziu-se numa imposição de poder absoluto. A limitação dos direitos mais elementares do ser humano, em especial a liberdade, levou a que centenas de habitantes da RDA tentasse a fuga. A formação de uma guarda especial — a Guarda da Fronteira — tinha como missão vigiar o Muro e impedir a fuga de quem o tentasse transpor. A Guarda da Fronteira encontrava-se legitimada pela Lei 101 a disparar mortalmente a quem desobedecesse à ordem de paragem. O dever de obediência que os guardas deviam a ordens superiores colidia com o princípio fundamental do respeito pela vida humana. Que relação entre a moral, a ética e o direito num território em que a vida humana se encontrava desprovida de valor?

Palavras-chave: Muro de Berlim, guardas, fronteira, moral, ética

Abstract: The construction of the Berlin Wall shocked the world. The division of Germany into two distinct territories became an imposition of absolut power. The limitation of the most basic rights of human beings, in particular freedom, led to hundreds of inhabitants of the GDR trying to escape. The creation of a special guard — the Border Guard — whose mission was to watch over the Wall and prevent the escape of those who tried to transpose it. The Border Guard found itself legitimized by Law 101 to shoot mortally whoever disobeyed the stop order. The duty of obedience that bound the guards to superior orders clashed with the fundamental principle of respect for human life. What is the relationship between morality, ethics and law in a territory where human life is found worthless?

Keywords: Berlin Wall, guards, border, moral, ethics

Introdução

As alterações na Europa trazidas pela Segunda Guerra Mundial trouxeram a necessidade da unificação dos países aliados, no sentido de alinharem uma estruturação da Alemanha que passasse pela criação de condições sociais, económicas, políticas e judiciais. Esse auxílio tinha também como objetivo diluir o passado recente que a Alemanha carregava, de atrocidades cometidas contra o ser humano, ajudando-a num recomeço.

A divisão da Alemanha em duas áreas — ocidental e oriental — de um lado sob a influência dos Aliados e do outro lado sob a influência da União Soviética, respetivamente projetou a reconstrução de uma Alemanha em ruínas, devastada pelas consequências da guerra. Essa divisão resultou em duas zonas bem distintas em termos de governação: a República Federal Alemã — um Estado desenvolvido pelos países aliados, onde a progressão económico-financeira foi rápida e próspera, a República Democrática Alemã — um Estado desenvolvido à semelhança dos estados soviéticos, com um regime fechado, voltado para si mesmo, onde o progresso estagnou, levando à deslocação de milhares de cidadãos em direção à República Federal Alemã.

Esta movimentação populacional — também conhecido por *Republikflucht* — gerou no governo da República Democrática Alemã algumas medidas mais rigorosas no sentido de evitar o abandono da zona oriental que se via cada vez mais empobrecida. Era visível que a mão-de-obra mais qualificada foi a primeira a abandonar a República Democrática Alemã — professores, funcionários públicos, operários qualificados, todos em busca de melhores condições de vida numa zona da Alemanha onde a prosperidade e o emprego eram notórios. A saída de empregados qualificados significava muito mais do que deslocação de população para uma outra zona da Alemanha, significava mão-de-obra qualificada a sair, necessidade de formar novos empregados. O saber e experiência dessas pessoas também era insubstituível, pois requereria anos de trabalho e estudo. Tudo isto tinha custos elevados, influenciando a economia do Estado.

Inicialmente o corte de estradas, de vias férreas eram condicionalismos que iam surgindo subtilmente como forma de impedir a saída dos habitantes da zona oriental. O culminar destas medidas deu-se com a construção do Muro de Berlim — uma barreira não

só física, como ideológica, social e política relativamente ao resto do mundo. Durante 28 anos o muro de Berlim bloqueou a liberdade física, a liberdade de imprensa, a liberdade ideológica dos habitantes da República Democrática Alemã. O seu planeamento secreto e a sua construção “da noite para o dia”, muito embora essa construção tivesse sido faseada, não passaram despercebidos ao resto do mundo que assistiu sereno mas preocupado ao erguer daquela barreira que dividia em duas partes, não só um país mas também um mesmo povo. A intervenção internacional poderia originar um novo conflito armado e, dada a recente vivência de uma guerra mundial, tal confronto não era desejado. O facto de pais terem passado pelos horrores de uma guerra mundial e verem os seus filhos passar por uma situação idêntica, era um cenário perturbador de evitar a todo o custo. Assim, de uma forma lenta e progressiva, o mundo assistiu a um novo tipo de conflito: a Guerra Fria.

Optou-se por nada fazer para contrariar a situação imposta, nas palavras de J. F. Kennedy esta solução “não era muito linda mas mil vezes melhor do que uma guerra”³⁹⁰.

O Muro de Berlim passou, assim, a ser o muro dos muros, uma redução ao absurdo do desejo obsessivo do estado moderno de regular o seu interior³⁹¹.

Enquanto o resto do mundo assistia a esta nova forma de repressão de um povo, o Estado totalitário da República Democrática Alemã criava mais medidas de evitar a fuga de cidadãos através do Muro. Essas medidas passaram pela formação de uma guarda específica e especializada cuja missão era controlar e fiscalizar o Muro em toda a sua extensão de forma a proibir e bloquear os fugitivos que tentassem passar a fronteira em direção à República Federal Alemã — a Guarda da Fronteira. A sua formação de meses dedicada às áreas militares (tiro de precisão a longa distância, leitura de cartografia, estudo de geográfico, montagem de minas terrestres, cinotecnia, entre outras especialidades), conduziu à concretização de uma força cuja missão era evitar a todo o custo a fuga de cidadãos para a República Federal Alemã. A criação de legislação que legitimava a atuação desta

³⁹⁰. Cfr. Declarações internacionais à construção do Muro de Berlim, in <http://www.universitario.com.br/especiais/queda-do-muro-de-berlim/reacoes.php>.

³⁹¹. Cfr. PATRICK MAJOR, *Behind the Berlin Wall — East Germany and the Frontiers of Power*, Oxford University Press, New York, 2010, p. 3.

guarda tornou ainda mais violadora dos mais elementares direitos humanos aquela função. A existência de uma ordem específica que autorizava os guardas a *atirar a matar* pôs em causa princípios e valores defendidos não só no direito internacional mas também protegidos pelo direito natural. A inviolabilidade da vida humana, da integridade física e mesmo a dignidade da pessoa humana foram subvalorizados perante a defesa dos interesses de um Estado totalitário.

O consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, defende a dignidade, a igualdade de direitos e a liberdade de todos os seres humanos³⁹². Na mesma Carta vemos proclamado que todos têm o direito a circular livremente e a escolher a sua residência no interior de um Estado³⁹³. Volvido pouco mais de uma década desde que as nações se uniram para proclamar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, assiste-se a uma completa desvalorização daquele compromisso assumido, através da construção de um muro que dividiu um país em dois territórios, violando liberdades e direitos, numa clara e aberta manifestação de poder desenfreado.

No mesmo sentido podemos ler na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, assinada a 4 de novembro de 1950, no seu art. 2.º que a vida é um direito protegido pela lei e “que ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei”, censurando qualquer atuação pública ou privada que violasse este direito fundamental.

O poder significava a imposição da vontade de uns — os governantes — contra a vontade de outros — o povo, onde a regra que prevaleceu foi a obediência sob o domínio e ameaça acobertados pela legitimidade de uma governação.

Com o objetivo de abordarmos a problemática da (i)legitimidade da atuação dos guardas da fronteira estruturámos o trabalho em referência em três capítulos.

O primeiro capítulo é dedicado à contextualização histórica do muro de Berlim e da criação da Guarda da Fronteira, demorando-nos sobre a sua atuação.

O segundo capítulo aborda o dever de obediência dos soldados do muro de Berlim, onde fazemos referência à legislação que legitimava os disparos mortais sobre aqueles que fugiam, fazendo também referência à justiça de transição sob a qual os guardas da fronteira foram, posteriormente à queda do muro de Berlim, julgados. Aqui neste ponto tentamos clarificar a noção de justiça de transição e o seu aparecimento no ordenamento jurídico alemão.

O terceiro capítulo incide sobre o papel do direito, da moral, e da ética num Estado de direito democrático, salientando a sua relevância não só no comportamento humano como indivíduo, mas também a sua importância no comportamento do indivíduo em sociedade, agindo como factor limitador das suas condutas.

Apesar de se debruçar sobre um facto que já ocorreu consideramos que é um trabalho que reflete uma pesquisa em vários níveis — histórico, jurídico, contribuindo para a reunião de alguma informação num só documento. Após a queda do Muro era clara a inexistência de documentos que relatasse o que se passou durante o tempo em que se manteve aquela barreira física entre dois territórios de um mesmo país. Não foi um assunto que atraísse investigadores ou escritores. Por um lado, para os investigadores da Alemanha Oriental seria difícil escrever sobre uma realidade que os tinha, recentemente, limitado em toda a sua vida e rotina; por outro lado, para os académicos da Alemanha Ocidental a ideia de escrever sobre os acontecimentos relacionados com o Muro seria virar as atenções para a recriminação e censura feitas pela Guerra Fria e todo os atos praticados resultantes da construção do Muro, e pôr em causa a posição assumida pelos opositores, no sentido de que assistiram em silêncio e nada fizeram quanto ao totalitarismo de um governo contra o seu povo.

Terminaremos o presente estudo tecendo algumas considerações conclusivas que pretendemos irem ao encontro do problema levantado.

³⁹². Cfr. art. 1.º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

³⁹³. Cfr. art. 13.º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

1. Abordagem histórico-jurídica do caso dos soldados do Muro de Berlim

1.1. Contexto histórico

Com o final da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha foi dividida por zonas de ocupação entre os países aliados — EUA, Reino Unido, França — e a União Soviética, por acordo estabelecido no decorrer da Conferência de Potsdam³⁹⁴, na Alemanha, que se realizou entre 17 de Julho e 02 de Agosto de 1945.

A realização da Conferência de Potsdam concretizou-se pela existência da necessidade de decidir alguns aspetos relacionados com a administração da Alemanha, entre eles: o estabelecimento da ordem pós-guerra — desmilitarização, desnazificação³⁹⁵ e democratização; contornar os efeitos da guerra — reversão das ocupações alemãs na Europa e separação da Áustria da Alemanha; assuntos relacionados com tratados de paz; os julgamentos por crimes de guerra cometidos pelos nazis em Nuremberga. Na mesma conferência foi ainda decidido o *ultimatum* a ser dado ao Japão para se render³⁹⁶.

Iniciou-se, então, um trabalho de reconstrução de uma Alemanha democrática e autosuficiente, contudo, as divergências entre os soviéticos e os aliados começaram a intensificar-se. Sob o controlo dos aliados, na zona ocidental, o emprego aumentava, a prosperidade era visível e o crescimento económico manteve-se contínuo a partir de 1950. A zona orien-

tal era controlada pelos soviéticos, estando Estaline como líder do governo. O seu objetivo era o controlo de uma Alemanha unificada, socialista, dentro do núcleo soviético, afastando os países aliados. Aos poucos, foi tomando medidas de controlo, entre as quais nacionalizou a propriedade e a indústria, e instituiu o Bloqueio de Berlim³⁹⁷.

Em 07 de Outubro de 1949 a Alemanha Oriental é declarada República Democrática Alemã, com autoridade administrativa, mas sem autonomia relativamente à Alemanha Ocidental. Mesmo assim, a influência soviética tornou-se ilimitada, invadindo estruturas de administração e de polícia militar secreta, criando um regime de ocupação e controlo cada vez mais apertado.

O país ficou, desta forma, dividido em República Democrática Alemã (com a influência dos soviéticos) e em República Federal Alemã (a Alemanha Ocidental, com a influência dos aliados). De um lado — da República Federal Alemã — notava-se um crescimento económico cada vez mais próspero com a indústria a desenvolver-se e a criar cada vez mais emprego, facto que fomentava um elevado fluxo de população da República Democrática Alemã para a República Federal Alemã. Foram criadas medidas cada vez mais severas pelo regime de Estaline para evitar a deslocação da população³⁹⁸ que, receando o regime soviético e ansiando por melhores condições de vida, fugia em direção à República Federal Alemã. Mas não foram só as melhores condições de vida que movimentaram as pessoas de um lado da Alemanha para o outro lado. O facto de terem família no lado da Alemanha Ocidental também foi um factor que contribuiu em muito para estas deslocações. As pessoas recusavam-se a cortar com as suas raízes e com os seus laços familiares e a única forma que encontravam de os manter era a deslocação para o lado da Alemanha que oferecia as con-

³⁹⁴. Anteriormente a esta Conferência, já haviam sido realizadas duas outras conferências, no contexto da Segunda Guerra Mundial: a Conferência de Teerã (de 28 de Novembro a 1 de Dezembro de 1943) e a Conferência de Ialta (em fevereiro de 1945).

³⁹⁵. A desnazificação tratava-se de reduzir a influência da ideologia nacional-socialista sobre a sociedade alemã e possibilitar a edificação de uma ordem social democraticamente estruturada e fundamentada no direito. Cfr. KAI AMBOS, *A superação jurídico-penal das injustiças e dos atos antijurídicos nacional-socialistas e real-socialistas na Alemanha*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)*, Ano 19, n.º 93, Novembro-dezembro, 2011, p. 188.

³⁹⁶. Da recusa de rendição por parte do Japão resultou o lançamento das bombas atómicas em 02 de agosto (sobre Hiroshima) e em 06 de Agosto (sobre Nagasaki) de 1945, tendo o Japão se rendido a 02 de Setembro daquele mesmo ano.

³⁹⁷. Esta medida impediu que alimentos, materiais e outros bens chegassem à zona ocidental de Berlim, tendo os países aliados, juntamente com o Canadá, Austrália e Nova Zelândia e outros países, estabelecido uma ponte aérea sobre Berlim como forma de fazer chegar, através de aviões, bens aos habitantes de Berlim Ocidental, de forma que não morressem de fome e de frio, enquanto Stalin não levantou o bloqueio.

³⁹⁸. Durante uma conferência do Pacto de Varsóvia, em 1955, foi solicitado por Walter Ulbricht autorização para bloquear as fronteiras de acesso a Berlim Ocidental, incluindo interromper todas as linhas de transportes públicos.

dições de vida mais favoráveis e onde a base familiar se encontrava melhor estabelecida³⁹⁹.

Com o passar do tempo, as medidas tornavam-se cada vez mais austeras, sendo notório o forte controlo das fronteiras a Berlim Ocidental, com a colocação de postos militares e gradeamentos naqueles locais para impedir a saída da população. Em 13 de Agosto de 1961 materializaram-se definitivamente estas medidas com o bloqueio das ligações de circulação a Berlim Ocidental, iniciando-se a construção do Muro de Berlim. Esta foi uma situação que se avizinhava, pois em vários pontos da região era já visível, muito antes da construção do Muro, a colocação de barreiras físicas a limitar a deslocação das populações, bem como o bloqueio de algumas linhas férreas que ligavam a Alemanha Oriental à Alemanha Ocidental.

1.2. A construção do Muro — Da arbitrariedade e desproporcionalidade da medida

A construção do Muro de Berlim iniciou-se a 13 de Agosto de 1961, com a colocação inicial de gradeamentos, arame farpado, sob uma forte vigilância militar, sendo substituído por uma construção faseada em betão com quase 4 metros de altura e cerca de 200 km de extensão. Foi desta forma que o Muro de Berlim dividiu a cidade de Berlim em duas partes, a zona oriental — República Democrática Alemã — e a zona ocidental — República Federal Alemã, durante cerca de 28 anos, sendo derrubado a 9 de Novembro de 1989.

As razões pelas quais foi construído o Muro de Berlim foram sendo aqui expostas ao longo do início do nosso trabalho. A crescente prosperidade da República Federal Alemã a nível de empregabilidade, com um maior número de indústrias, bem como o contínuo crescimento económico e o regime soviético cada vez mais austero no lado oriental, levou a que milhares de alemães da República Democrática Alemã se deslocassem para a Alemanha Ocidental. A Alemanha Ocidental sempre fora vista como a face dourada de Berlim pelos cidadãos da Alemanha Oriental, pois a ausência de severas medidas de controlo da sua população levou a que a parte da cidade de Berlim que

“pertencia” à Alemanha Ocidental fosse encarada como o lado mais próspero.

O Muro de Berlim tornou-se, desse modo, uma forma de evitar a saída de cidadãos para a República Federal Alemã, impossibilitando-lhes drasticamente a liberdade de deslocação e de viajar.

A República Democrática Alemã tinha como objetivo a constituição de um Estado socialista à semelhança da União Soviética, onde vigorava um regime totalitário, sem eleições livres e sem que os poderes legislativo, executivo e judicial se encontrassem separados⁴⁰⁰. Desta forma, a sociedade vivia sob um domínio austero onde a força militar impunha a ordem e a lei era aplicada de forma parcial. A Constituição de Weimar em vigor desde 11 de agosto de 1919, nunca foi abolida formalmente, mas desde a ditadura nacional-socialista do governo do *Reich* que sofreu muitos atropelos a nível de direitos fundamentais, pois estes, considerados individualistas, tornavam-se incompatíveis com o novo Estado⁴⁰¹, situação que teve contornos um pouco diferentes com o final da Segunda Guerra Mundial, devido à intervenção dos países aliados, como já referimos. Apesar de a Constituição de Weimar ter sido o exemplo a seguir para uma constituição originariamente burguesa, a Constituição de 04 de junho de 1968, expressava que a República Democrática Alemã era um «Estado socialista dos trabalhadores e camponeses sob a condução da classe trabalhadora e de seu partido marxista-leninista», o que legitimou o domínio do Partido Socialista Unificado⁴⁰², resultando num Estado monopartidário, onde quem controla é o partido de Estado⁴⁰³.

⁴⁰⁰. Cfr. KAI AMBOS, *A superação jurídico-penal das injustiças e dos atos antijurídicos nacional-socialistas e real-socialistas na Alemanha*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)*, Ano 19, n.º 93, Novembro-dezembro, 2011, p. 201.

⁴⁰¹. Cfr. REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado* (tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho), 3.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian Editora, Lisboa, 1997, pp. 430-431.

⁴⁰². Cfr. KAI AMBOS, *A superação jurídico-penal das injustiças e dos atos antijurídicos nacional-socialistas e real-socialistas na Alemanha*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)*, Ano 19, n.º 93, Novembro-dezembro, 2011, in nota de rodapé 95, p. 201.

⁴⁰³. Cfr. REINHOLD ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado* (tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho), 3.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian Editora, Lisboa, 1997, p. 572.

³⁹⁹. Neste sentido, PATRICK MAJOR, *Behind the Berlin Wall — East Germany and the Frontiers of Power*, Oxford University Press, New York, 2010, p. 58.

Este regime transformou a República Democrática Alemã numa ilha isolada da democracia, situada no centro de um estado totalitário, com restrições sociais, políticas e económicas, retirando a liberdade de expressão — através da censura da imprensa, cinema e mídia —, bem como a própria liberdade de circulação que, aos poucos, desde 1946 foi sendo visível. A perspectiva de mudança interna era muito pequena e as manifestações foram brutalmente esmagadas em Berlim Oriental. A construção de fronteiras intra-alemanha que dividiam Berlim em zona ocidental e zona oriental foram sendo cada vez mais visíveis, apesar da opinião pública não se manifestar nem existirem fotografias na imprensa a documentarem esses factos⁴⁰⁴. De início a existência de uma Linha de Demarcação, vinda do Báltico no norte, ao longo do rio Elba, descendo através das montanhas Harz, antes de voltar a Este pela fronteira Checa, separando a Alemanha Oriental da Alemanha Ocidental parecia suficiente.

No entanto, estas e outras medidas restritivas de circulação foram-se tornando cada vez mais destacadas, não só entre as duas zonas separadas de Berlim, mas também outras barreiras físicas erguidas entre a República Democrática Alemã e outros países com os quais mantinha fronteira.

O Pacto de Varsóvia⁴⁰⁵, assinado em 1955, entre os países do Leste, reforçou a distância com as forças da NATO, materializada nas fronteiras criadas pela República Democrática Alemã, que continuou com estas medidas arbitrárias de controlo de fronteiras como forma de evitar a saída de cidadãos qualificados — professores, intelectuais, médicos, advogados — e operários para a República Federal Alemã, cuja formação era impossível de substituir num curto espaço de tempo. As faixas etárias mais jovens também fugiam deste regime totalitário em busca de melhores condições de vida, de liberdade de expressão e de circulação.

A construção do muro de Berlim foi, assim, o auge de uma sucessão de atos e medidas decididas arbitrariamente, próprias de um Estado totalitário,

que alteraram drasticamente toda uma sociedade. O Governo da República Democrática Alemã justificou esta medida proclamando que o Muro de Proteção Anti-Fascista estava a ser construído para proteger o estado socialista. Os comandantes aliados protestaram junto do comandante soviético; os EUA protestaram com a União Soviética, mas nada podiam fazer uma vez que a República Federal Alemã não se encontrava sob qualquer ameaça direta, o Acordo de Potsdam não havia sido violado, nomeadamente no que dizia respeito à presença das tropas aliadas, ao livre-trânsito a Berlim Oriental pelos Aliados Ocidentais, e ao direito à liberdade de decisão dos berlinenses ocidentais. Estes últimos podiam entrar em Berlim Oriental através dos pontos de entrada ainda existentes para visitar e ajudar familiares e amigos⁴⁰⁶. Desta forma, apesar da arbitrariedade da medida, da sua desproporcionalidade, nada foi feito para evitar que o Muro de Berlim fosse erguido. A ameaça eminente de uma guerra, com as recordações da Segunda Guerra Mundial ainda muito presentes, levou a que se decidisse pelo mal menor, e muito embora as forças militares de ambos os lados ainda se tivessem posicionado, nada se desenvolveu no sentido de um conflito.

1.3. A função dos soldados do Muro de Berlim

A fronteira alemã, foi sempre mais do que uma simples linha no mapa da Guerra Fria. Marcou o ponto de atrito entre duas superpotências militares, assim como o ponto de contacto entre sistemas socioeconómicos competitivos.

Para assegurar a segurança e vigilância da extensão total do Muro era necessário um considerável número de elementos especializados e equipamento. A *Volkspolizei* não detinha a formação, o treino e o equipamento necessários para fazer face às exigências as medidas impostas pelo governo soviético. Além disso, a *Volkspolizei* receava causar um incidente diplomático ou mesmo militar⁴⁰⁷. Em todo o caso, o

⁴⁰⁴. Cfr. GORDON L. ROTTMAN, “The Berlin Wall and the Intra-Germany Border 1961-89”, Ílios Publishing, Oxford, 2008, pp. 5-11.

⁴⁰⁵. Assinado em 17 de Julho de 1955 entre os países do Leste, entre eles a RDA, tinha como objetivo a cooperação militar, disponível in http://www.suapesquisa.com/guerrafria/pacto_varsovia.htm

⁴⁰⁶. Cfr. GORDON L. ROTTMAN, “The Berlin Wall and the Intra-Germany Border 1961-89”, Ílios Publishing, Oxford, 2008, p. 32.

⁴⁰⁷. Neste sentido, PATRICK MAJOR, *Behind the Berlin Wall — East Germany and the Frontiers of Power*, Oxford University Press, New York, 2010, p. 89.

controlo das fronteiras era um ponto assente para a Alemanha Oriental como um imperativo que se impunha perante o resto do mundo. Nesse sentido, foi criada a *Grenstruppen* — Guarda da Fronteira.

A Guarda da Fronteira — *Grenstruppen*, era constituída por uma força de cerca de 50 mil elementos instruídos no sentido de controlar as fronteiras existentes entre a República Democrática Alemã e a República Federal Alemã. Em resultado de discussões internacionais que exigiam a redução desta força militar, uma forma de assegurar que nenhum acordo de redução interferiria com esta organização, a Guarda da Fronteira passou a depender do Ministério do Interior — *Ministerium des Innern*. A República Democrática Alemã não poderia arriscar o enfraquecimento desta corporação militar pois tal poderia significar uma alteração no comportamento dos cidadãos, ou seja, gerar uma revolta⁴⁰⁸, além da limitação física imposta pelo Muro, a limitação psicológica, o controlo de mentalidades e do pensamento, era outra forma que o governo tinha de controlar o povo.

Aos Guardas da Fronteira era-lhes transmitido que formavam a primeira linha de defesa da República Democrática Alemã contra o imperialismo do Ocidente, espiões e provocadores. A formação dos guardas que se alistavam na Guarda da Fronteira era específica e direcionada à missão que tinham: prevenção do atravessamento e fuga através das fronteiras, bem como a proteção contra atos terroristas. Essa formação incidia sobretudo no conhecimento de determinadas capacidades militares, relacionadas com armas, prática de tiro, incluindo a longas distâncias — superiores a 200 metros —, cinotecnia, defesa pessoal, proteção biológica, química e nuclear, interpretação e leitura de mapas, regulamento disciplinar, direitos e deveres dos soldados, e ainda colocar minas, inspecionar barreiras nas fronteiras, manusear barcos, reconhecimento de missões e efetuar vigilâncias e patrulhas. Além disso, recebiam um treino especializado relacionado com a identificação, reconhecimento de documentos falsificados, inspeção de viaturas, procurar suspeitos e tirar fotografias⁴⁰⁹. A sua missão passava também por partici-

par na vida em sociedade em projetos de ação como nos tempos de fome e a limpeza das estradas, e ainda nas festividades das comunidades.

Alguns dos requisitos exigidos para se alistarem na Guarda da Fronteira relacionavam-se com a residência e relacionamentos dos próprios guardas: não podiam residir nos arredores das fronteiras inter-alemãs, nem ter familiares na República Federal Alemã, sendo colocados em postos bastante distantes das suas residências, pois o Governo não queria que os guardas usassem os seus conhecimentos para auxiliar as fugas.

Após esta formação inicial, os guardas continuavam a ter uma formação especializada, relacionada com táticas e treino dado na unidade a que pertenciam. Os guardas que alcançavam uma qualificação especial eram recompensados com uma colocação de entre três graduações, atribuindo-lhes um crachá. Para alcançarem graduações mais elevadas eram submetidos a um teste realizado anualmente⁴¹⁰. Estas recompensas tornavam-se numa forma de os motivar para as funções que desempenhavam.

A estrutura organizacional da Guarda da Fronteira era muito complexa, incluindo equipas que se dedicavam à espionagem, e também equipas compostas por pessoas que se voluntariavam para auxiliarem os guardas da fronteira, um programa que foi implementado em 1953⁴¹¹. Os líderes da Guarda da Fronteira reuniam-se com regularidade com os responsáveis pelas comunidades no sentido de obterem informações que auxiliasse no controlo da criminalidade.

1.4. Do limite da sua atuação

Terminada a formação inicial dos soldados, a realidade da missão que tinham de desempenhar tornou-se clara e bem visível: disparar, sem ordens, contra qualquer pessoa que tentasse atravessar para o Ocidente. Foi transmitido, de forma bem explícita, que qualquer

ford, 2008, pp. 43-44.

⁴⁰⁸ Cfr. GORDON L. ROTTMAN, “The Berlin Wall and the Intra-Germany Border 1961-89”, Ílios Publishing, Oxford, 2008, p. 42.

⁴⁰⁹ Cfr. GORDON L. ROTTMAN, “The Berlin Wall and the Intra-Germany Border 1961-89”, Ílios Publishing, Ox-

⁴¹⁰ Cfr. GORDON L. ROTTMAN, “The Berlin Wall and the Intra-Germany Border 1961-89”, Ílios Publishing, Oxford, 2008, p. 44.

⁴¹¹ Cfr. GORDON L. ROTTMAN, “The Berlin Wall and the Intra-Germany Border 1961-89”, Ílios Publishing, Oxford, 2008, p. 48.

falha na defesa da fronteira ou numa tentativa de fuga resultaria em repercussões para o elemento em causa extensíveis à sua família⁴¹². A sua atuação estendia-se à prevenção de fugas de cidadãos, operários e mesmo soldados que tentavam alcançar o lado ocidental; recolher informações (*intelligence information*) nas forças da República Democrática Alemã e da NATO, bem como sobre as atividades junto às fronteiras; verificar as condições das barreiras, equipamento de vigilância e alarmes e instalações anexas. No fundo, a sua missão era efetuar um controlo contínuo e incessante, por turnos, em patrulha a pé, de carro, de bote nos rios, nas torres, sobre toda a área adstrita às fronteiras no sentido de evitar fugas para a República Federal Alemã.

Aliado à construção do Muro e além das medidas já descritas, foram ainda tomadas medidas adicionais como a vigilância de soldados com cães, a colocação de minas em certas passagens, bem como a vigilância em torres efetuada por soldados autorizados a “disparar a matar” (*Shiessbefehl*) — a *Ordem 101 (Befehl 101)*. A *Ordem 101* teve efeito a partir de 1948 sendo apenas regulamentada em 3 de Maio de 1974.

A ordem de disparar a matar pelos guardas da fronteira tinha total autorização no caso de fugas de indivíduos e obedecia a determinados motivos, a saber: para a prevenção de um crime ou para prevenir a continuidade de um crime; quando outros meios para deter um fugitivo que tentava passar a fronteira se revelassem ineficazes; para a proteção contra assaltos ou agressões; para impedir a fuga de um indivíduo de uma inspeção ou de uma estação de controlo de passagem; se um avião ameaçasse os postos de fronteira ou aterrasse na República Democrática Alemã.

Em 27 de Maio de 1952 foi estabelecida uma ordem pela Guarda da Fronteira: “Quem tente atravessar os postos de controlo em direção à República Federal Alemã ou à Alemanha Ocidental será detido. Aqueles que desobedecerem às ordens da Polícia da Fronteira serão confrontados com o uso de armas”⁴¹³. Se um indivíduo fosse detetado a movimentar-se no sentido de tentar alcançar a fronteira, ou a cometer um cri-

me, era-lhe dada uma voz de aviso para parar, se não obedecesse seria efetuado um disparo de aviso para o ar. Se mesmo assim não acatasse a ordem dada, era atingido a tiro. Se um fugitivo se encontrasse a uma distância entre 100 a 300 metros sendo improvável que ouvisse a ordem dada, poderia ser atingido sem aviso. Havia indivíduos descobertos a atravessar a fronteira, já no lado ocidental da barreira e eram atingidos a tiro. De referir que os guardas não atiravam se houvesse a probabilidade de atingir inocentes que se encontrassem nos dois lados da fronteira, em particular mulheres e crianças, ou quando a situação já não o permitisse, isto é, quando o fugitivo tivesse conseguido alcançar a República Democrática Alemã. Contudo esta situação nem sempre se verificava assim tão linear.

Os fugitivos detectados eram alertados pelos guardas da fronteira que se encontravam detidos e que se tentassem fugir fariam uso das armas de fogo. Aqueles que não respeitassem a ordem de aviso para parar eram atingidos a sangue frio, à vista dos berlineses ocidentais, deixando-os esvaír-se em sangue até à morte no local onde caíam, sem prestarem assistência médica.

Não era incomum a existência de guardas que também tentassem a fuga. Mas os guardas que tentassem escapar tinham um tratamento ainda mais severo: eram atingidos a tiro sem aviso verbal e sem aviso de tiro para o ar. Em bom rigor, não existia um limite para a atuação dos guardas da fronteira, tudo era considerado legítimo desde que o fugitivo não tivesse sucesso e com a sua fuga não atingisse o outro lado da fronteira.

Mas esta atuação dos soldados do Muro de Berlim, que parece tão linear e incisiva, reveste-se de alguns circunstancialismos relacionados com o princípio da discricionariedade dos mesmos, a ponderação sobre os interesses a salvaguardar, uma vez que a sua atuação no sentido de disparar a matar se encontrava condicionada por uma obrigação inegável de cumprimento já que a própria família dos guardas estava sujeita a ameaças caso aqueles falhassem a sua missão. Sobre este assunto voltaremos mais adiante no nosso trabalho.

⁴¹² Cfr. GORDON L. ROTTMAN, “The Berlin Wall and the Intra-Germany Border 1961–89”, Ílios Publishing, Oxford, 2008, p. 44.

⁴¹³ Cfr. GORDON L. ROTTMAN, “The Berlin Wall and the Intra-Germany Border 1961–89”, Ílios Publishing, Oxford, 2008, p. 56.

2. O Dever de obediência dos soldados e a ilicitude dos atos

2.1. O dever de obediência implícito

A estrutura organizacional da Guarda da Fronteira era, fundamentalmente, baseada na disciplina e no cumprimento estrito e severo das ordens emanadas superiormente.

A formação e o treino dos guardas da Fronteira eram de origem militar, já que o Muro de Berlim foi considerado como sendo uma questão de segurança interna e defesa do Estado.

A Guarda da Fronteira passou a estar subordinada à administração do Ministério do Interior, como já referimos anteriormente. Sendo uma força militar, impunha-se a existência de uma hierarquia, inspirada nas tropas da União Soviética, as quais asseguraram a defesa das fronteiras internas e principais pontos de passagem até à formação da Guarda da Fronteira⁴¹⁴. Deste modo, os subordinados, os guardas da Fronteira, encontravam-se submetidos ao respeito pelo dever de obediência às ordens emanadas pelos respetivos comandantes, sujeitos a um código deontológico, sendo punidos disciplinarmente quando situações de insubordinação, indisciplina ou desrespeito dos deveres impostos.

No entanto, como referimos no capítulo anterior, o dever de obediência dos soldados do Muro de Berlim revestia-se de outros circunstancialismos, pois as ordens que tinham eram bastante claras: evitar que quem tentasse fugir conseguisse alcançar a fronteira da República Federal Alemã, mesmo que isso custasse a vida do fugitivo. E qualquer falha nessa missão acarretaria consequências não só para os soldados envolvidos na situação falhada, como para as próprias famílias⁴¹⁵.

Apesar de o dever de obediência ser necessário e inerente à boa vivência das relações hierárquicas nas diversas instituições públicas e privadas, é certo que o grau, o processo e os instrumentos utilizados para

viabilizar e assegurar esse dever podem ser questionáveis, de forma que aquele dever possa ser compatível com a liberdade, condição inerente ao ser humano⁴¹⁶.

Mas num regime de natureza totalitária como o vivido na República Democrática Alemã, não existia a escolha ou a aceitação livre por parte do povo de um limite à sua liberdade, baseado em valores e princípios fundamentais, constitucionalmente protegidos. Esse limite foi-lhes imposto por via da força e do poder exercidos pelo aparelho do Estado através dos seus mecanismos, e a obediência que existia era de natureza coerciva, ou seja, estava sempre presente a ameaça de uma força imposta pelos militares. Assistiu-se, por um lado, a um constrangimento exercido sobre a população, e também sobre os soldados do Muro de Berlim, através de instrumentos de violência, e por outro à aceitação passiva, inerte, de circunstâncias que se foram instalando, do domínio exercido e imposto.

A aceitação passiva decorria, de certa forma, da incapacidade que as pessoas tinham de conseguir vencer e ultrapassar tanto as barreiras físicas, decorrentes da existência do Muro, como as barreiras psicológicas e mesmo emocionais. O facto de se verem privadas da sua liberdade de deslocação, de poderem contactar com familiares e amigos que residiam do outro lado do Muro, funcionava como um elemento perturbador e limitador da sua força de vontade em conseguir contrariar a oposição imposta. O facto de se verem privadas da sua liberdade de expressão e de acesso à cultura e ao livre conhecimento também era uma barreira mental quase tão marcada quanto a física; o não saberem o que se passava no resto do mundo causaria um certo alheamento da realidade vivida para lá do Muro, enfraquecendo a sua capacidade de se manifestarem contra o regime imposto.

A função dos guardas da fronteira era meramente instrumental e funcional, no sentido de conseguir alcançar os objetivos do Estado, e a obediência foi conseguida, em grande parte, através da intimidação e da submissão psicológica exercida sobre os guardas da fronteira, através da ameaça aos próprios e às suas famílias. A ideologia transmitida durante a sua formação, ensinando-os que deles dependia a defesa da linha contra o imperialismo ocidental, contra espões

⁴¹⁴. Cfr. GORDON L. ROTTMAN, "The Berlin Wall and the Intra-Germany Border 1961-89", Ílios Publishing, Oxford, 2008, p. 42.

⁴¹⁵. Cfr. GORDON L. ROTTMAN, "The Berlin Wall and the Intra-Germany Border 1961-89", Ílios Publishing, Oxford, 2008, p. 44.

⁴¹⁶. J. A. PEREIRA MONTEIRO, *Poder e Obediência — Uma teoria do consentimento*, Universidade Técnica de Lisboa, Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, Lisboa, 2003, p. 253.

e provocadores, revela uma tática inteligente por parte dos governantes de invocação ao patriotismo e defesa da nação e dos interesses nacionais, causando também a coesão dos elementos para um sentimento de dever a cumprir, reforçando o dever de obediência do grupo militar.

2.2. A legislação em vigor — da (i)licitude dos disparos dos soldados do muro

A *Ordem 101* que autorizava os guardas da fronteira a disparar a matar, e que já foi por nós referida anteriormente, veio a fazer parte da Lei da Fronteira da República Democrática Alemã — no seu §27 — que legitimava o uso de armas de fogo para evitar a iminente execução ou continuidade do cometimento de um facto ilícito que de acordo com as circunstâncias se apresentasse como crime, encontrando-se também pela mesma lei justificado para deter pessoas altamente suspeitas de terem cometido crimes⁴¹⁷.

A questão fundamental que é levantada no que diz respeito a este parágrafo da Lei da Fronteira é se o mesmo acoberta toda e qualquer situação em que tenham ocorrido disparos sobre fugitivos. A título de exemplo relembramos os casos que trouxemos aqui a lume: os fugitivos que alcançam o outro lado da fronteira e são atingidos, os guardas que fogem e a quem não é dada a voz nem o disparo de advertência, disparando mortalmente sobre os mesmos, e mesmo as situações em que é dada a voz de advertência e de disparo para o ar.

Há autores que consideram que falta a causa de justificação, podendo existir o homicídio, nos casos ditos “normais”, ou seja, em que o fugitivo respeita a ordem, pára, e mesmo assim é alvejado mortalmente⁴¹⁸. A crítica surge em redor destes casos e não sobre

os que enformam a exceção, como por exemplo, a continuação da fuga depois do aviso prévio para parar e do disparo de advertência. Para estes casos, considera-se que a atuação dos guardas da fronteira foi conforme a norma e as ordens que tinham.

Consideramos que a nossa interpretação deve ser mais lata e abranger todos os casos em que há disparo mortal sobre os fugitivos, e não somente os casos ditos “normais”, que já evidenciámos. Até porque a máxima empírica contida na norma do §27 da Lei da Fronteira considerava que era preferível que o fugitivo morresse em vez do êxito da sua fuga⁴¹⁹.

E considerámos a nossa interpretação dessa forma mais ampla porque, estão dois interesses em causa — evitar a fuga, ou a proteção da vida do fugitivo — e a prevalência dada pela Guarda da Fronteira foi a de evitar a fuga do indivíduo, encontrando-se o homicídio justificado pelo §27 da Lei da Fronteira conjugado com o §217 do Código Penal da República Democrática Alemã.

Além disso, perante as circunstâncias que envolvem todo este paradigma, o Muro de Berlim, a formação específica da Guarda da Fronteira, as ordens de atirar a matar — aqui, ressalva-se a teoria da autoria mediata por domínio da organização, como forma de condenar aqueles que estavam por detrás dos factos que ocorreram, e pela sua responsabilidade política e militar na determinação de tais ordens, teoria essa defendida pelo Supremo Tribunal Federal Alemão —, como é que se pode isolar os casos “normais” daqueles que se revestiam de uma excecionalidade? Haverá alguma “normalidade” sequer que se possa retirar da análise de qualquer uma dessas situações de fuga? Não estará aqui implícita uma grave violação dos direitos inscritos na Declaração dos Direitos Humanos, outorgada anos antes, aquando do fim da Segunda Guerra Mundial?

Neste sentido, coloca-se, portanto, a questão da violação dos direitos humanos, nomeadamente, da violabilidade da vida humana e do desrespeito da mesma pela norma prevista no §27 da Lei da Fronteira, não existindo, por isso, no nosso entendimento, causa de justificação sobre a atuação dos

⁴¹⁷. Cfr. ROBERTA MAGALHÃES GUBERT, *Mauerschützen (O caso dos atiradores do muro de Berlim) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: Aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre o direito e moral*, Dissertação de mestrado apresentada junto ao programa de pós-graduação em direito, para a obtenção do grau de mestre em direito público, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2006, p.18, disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp029554.pdf>.

⁴¹⁸. Cfr. KAI AMBOS, *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro* (tradução de Cláudia

López Díaz), Cuadernos de Conferencias y artículos, n.º 21, Universidad Externado de Colômbia — Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Abril de 1999, p. 11.

⁴¹⁹. KAI AMBOS, *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro*, op cit, p. 11.

guardas da Fronteira. A aplicabilidade do §27 da Lei da Fronteira só poderia ser admissível se a sua interpretação fosse conforme com o direito natural — *ius cogens* —, com os direitos humanos⁴²⁰ reconhecidos pelo direito internacional, o que consideramos que não é o caso. É inerente à própria condição humana reconhecer que há determinados valores que não se podem colocar em risco e que devem ser protegidos por uma norma suprallegal, mas que podem muito bem ser tutelados sem a necessidade da existência de uma lei que estabeleça uma proibição tácita na violação de um determinado direito suprapositivo como é o valor vida.

A verificação de que existe uma grave violação de direitos humanos tem um efeito não só legítimo como estabelece um limite e aplica-se explicitamente nos casos violentos ocorridos na fronteira entre a República Democrática Alemã e a República Federal Alemã, onde se verificou uma grave e manifesta infração dos princípios fundamentais de justiça e humanidade, derivados de um direito suprapositivo⁴²¹.

Consideramos, por isso, que a atuação dos guardas da fronteira, apesar de cumprirem ordens, e que as mesmas estavam legitimadas por uma norma legal, foi ilícita, excluindo-se a causa de justificação. Isto porque, a sua atuação pressupõe um ato doloso, para o qual foram treinados especificamente — como abordámos anteriormente no nosso estudo —, fazendo uso da sua arma de fogo, com o intuito de parar um fugitivo desarmado e que não representava qualquer perigo para a integridade física de pessoas e bens⁴²².

2.3. A Justiça de transição — conceito

Com a queda do Muro de Berlim verificaram-se alterações significativas na estrutura da Alemanha, nomeadamente o fim do regime totalitário vivido até então na zona oriental daquele país.

As práticas exercidas pelo poder estatal vigente até então, nomeadamente as medidas implementadas de forma a evitar a saída e entrada de qualquer influência ocidental, por exemplo a censura de imprensa, cinema e rádio, o controlo severo de entrada de pessoas e bens no espaço oriental da Alemanha, contribuíram para um enclausuramento da sociedade sobre si mesma e à parte do resto do mundo. Com essas restrições, o poder estatal instituiu uma restrição de liberdades do povo, não só física, como ideológica e política, isentando os cidadãos de uma participação ativa e de uma capacidade de gozo e de exercício de direitos e deveres, como contribuintes de um desenvolvimento comunitário⁴²³, reduzindo-os a um regime de opressão, violador dos mais básicos direitos fundamentais, reconhecidos e defendidos pelo direito internacional.

O final desse regime não democrático abriu a Alemanha Oriental ao mundo e a uma consciencialização por parte da comunidade internacional sobre as violações e ingerências praticadas pelo Estado vigente contra o seu povo, nomeadamente o atropelo de valores invioláveis em um Estado de direito democrático, como o direito à vida e à integridade física. Afastamo-nos da concepção que alguns autores têm quando referem que o direito penal exercido na República Democrática Alemã, à data dos factos cometidos contra os fugitivos, pelos soldados da fronteira, permitia a punibilidade daqueles casos e, por isso, impunha-se a sua aplicabilidade⁴²⁴ e aqueles eram, assim, atos legítimos. Isto porque, como já referimos anteriormente, o direito natural e o próprio direito internacional impõem-se quando exista uma grave violação dos direitos humanos, que é o caso aqui exposto.

Perante a inexistência de barreiras entre as duas zonas da Alemanha, deu-se a unificação, sob o regime ocidental, de natureza democrática e cuja Constituição Federal se regia pelo respeito dos direitos fundamentais. No entanto esta unificação não se revelou pacífica, uma vez que, a até aí, Alemanha Ocidental se recusou a ficar com juizes vindos da Alemanha Oriental, tendo como justificação para a recusa, as injustiças e arbitrariedades cometidas durante o

⁴²⁰. Cfr. KAI AMBOS, *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro (...)*, op cit, p. 13.

⁴²¹. Cfr. KAI AMBOS, *A superação jurídico-penal das injustiças e dos atos antijurídicos nacional-socialistas e real-socialistas na Alemanha*, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)*, Ano 19, n.º 93, Novembro-dezembro, 2011, pp. 206-207.

⁴²². Neste sentido, KAI AMBOS, *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro (...)*, op cit, p. 22.

⁴²³. Cfr. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *A ciência jurídica como caminho de afirmação e valorização do ser humano*, in *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, Volume 4 — Número 1, jan/dez 2013, p. 51.

⁴²⁴. Cfr. KAI AMBOS, *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro (...)*, op cit, p. 29.

regime totalitário. Dessa forma, a Alemanha Unificada teve que sofrer alterações profundas a nível estrutural da sua instituição judicial, havendo necessidade de reconstruir de base toda essa instituição⁴²⁵.

Havia a urgência de se analisar os casos em que se verificou uma grave violação dos direitos fundamentais, nomeadamente os casos dos soldados do muro de Berlim, cujo resultado foi a morte para os fugitivos e omissão de auxílio tendo como consequência a morte nos casos em que os fugitivos eram alvejados e deixados sem assistência médica, entre outros casos.

Impunha-se a necessidade da responsabilização penal pelos atos cometidos durante o estabelecimento das medidas drásticas impostas pelo regime totalitário da RDA aquando do Muro de Berlim. A violação aos mais elementares direitos fundamentais deveria ser reparada e era necessária uma efetividade na descoberta da verdade e na reposição da justiça. Foi assim que surgiu a justiça de transição.

O aparecimento da justiça de transição decorreu da influência exercida pelas organizações que primavam pela defesa dos direitos humanos, tendo-se manifestado sempre contra a construção do Muro de Berlim. Através do direito internacional e dos normativos nele inscritos acerca da defesa dos direitos humanos manifestou-se uma justiça ampla e multidisciplinar, baseada na verdade, na reparação e reformulação das instituições, com o objetivo de as consolidar, como resposta às alterações sociopolíticas que se faziam sentir na Europa oriental desde o final dos anos oitenta.

A justiça de transição não assume um modelo único e linear, como se se tratasse de um processo formatado e aplicado a todas as circunstâncias e a todos os países que sejam visados pelo mesmo. Cada sociedade e cada país, deve adotar um mecanismo conforme as situações de violência e de violação por que passou de forma a prevenir que situações semelhantes se voltem a repetir. A justiça de transição assegura a passagem de um regime político para outro regime, democrático, onde a tutela dos direitos fundamentais se encontra assegurada e a consolidação da paz é efetiva.

Além disso, considera-se essencial que a justiça de transição traga alguma responsabilização penal aos agentes violadores dos direitos fundamentais

implícitos, situação decorrente do regime totalitário vivido. Essa responsabilização penal traz às vítimas um sentimento de justiça e de punibilidade daqueles agentes perante a lei, contribuindo, ainda para consolidar a democracia e a cultura de respeito e tutela dos direitos humanos⁴²⁶, própria de um Estado de direito democrático.

2.4. O processo de justiça de transição e o caso dos soldados do Muro de Berlim

Com a reunificação da Alemanha e a integração dos territórios da República Democrática Alemã, na zona oriental, à República Federal Alemã, na zona ocidental, tornou-se necessário adaptar todo o mecanismo de duas sociedades, de um mesmo país, que viveram separadas durante quase trinta anos e que tiveram regimes sociais, políticos, judiciais e económicos completamente diferentes.

Deste modo, e como referimos anteriormente, a República Democrática Alemã foi integrada na República Federal Alemã, incluindo a sua máquina judicial. Houve, portanto, a abordagem dos casos dos disparos mortais efetuados pelos guardas de fronteira contra os fugitivos que tentavam passar para a República Federal Alemã aquando da existência do Muro de Berlim. O número de pessoas atingidas mortalmente nunca foi exato devido ao seu encobrimento pelas autoridades da República Democrática Alemã⁴²⁷.

Alguns casos foram levados a julgamento algum tempo depois da queda do Muro. Contudo, estes julgamentos não se revelaram pacíficos por diversos motivos. Um dos casos relaciona-se com dois guardas de fronteira que dispararam e deixaram sem assistência médica, um jovem que, em 1 de Dezembro de 1984, tenta alcançar a fronteira da República Federal Alemã.

O Tribunal Regional de Berlim⁴²⁸ fundamentou o despacho de condenação por não ter existido respeito

⁴²⁵ Cfr. apontamentos recolhidos nas aulas da cadeira de Metodologia Jurídica, lecionada pelos Professores Doutores ANTÓNIO PEDRO BARBAS HOMEM e MIGUEL LOPES ROMÃO.

⁴²⁶ Cfr. *Justiça de transição*, disponível em <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf>.

⁴²⁷ Cfr. *Caso Streletz, Kessler e Krenz v. Alemanha*, Applications nos. 34044/96; 35532/97; 44801/98, 22 de Março de 2001, in http://www.menschenrechte.ac.at/orig/01_2/Streletz.pdf.

⁴²⁸ Em 5 de Fevereiro de 1992, cfr. ROBERTA MAGALHÃES GUBERT, *Mauerschützen (O caso dos atiradores do*

pelo princípio de um Estado de direito democrático, no que diz respeito à proteção da vida humana, e pelo princípio da proporcionalidade nos disparos que alvejaram mortalmente o jovem, e que a atuação dos dois guardas não estava acobertada pelo §27 da Lei da Fronteira. Frisou ainda que os dois guardas em questão poderiam ter disparado muito menos munições contra um jovem que corria de costas e desarmado — um dos guardas efetuou cerca de 25 disparos, e o outro guarda efetuou cerca de 27 disparos⁴²⁹.

Contudo, aqui ressaltamos o seguinte: como poderia um Estado autoritário como era o regime vigente na República Democrática Alemã, à data dos factos, pautar-se por princípios de um Estado de direito democrático se esses mesmos princípios iam contra algumas das teorias sobre as quais assentava o estado totalitário, inspirado no regime socialista vivido na União Soviética? Um regime onde as razões do Estado se sobrepunham aos direitos fundamentais dos cidadãos. Além de que o próprio Código Penal da República Democrática Alemã estipulava, no seu §213, III, como crime punível até 8 anos de prisão, a tentativa de fuga.

Os guardas recorreram da decisão para o Tribunal Supremo Federal Alemão⁴³⁰, o qual não se

muro de Berlim) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: Aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre o direito e moral, Dissertação de mestrado apresentada junto ao programa de pós-graduação em direito, para a obtenção do grau de mestre em direito público, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2006, p.18, disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp029554.pdf>

⁴²⁹. Cfr. ROBERTA MAGALHÃES GUBERT, *Mauerschützen (O caso dos atiradores do muro de Berlim) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: Aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre o direito e moral*, Dissertação de mestrado apresentada junto ao programa de pós-graduação em direito, para a obtenção do grau de mestre em direito público, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2006, p. 21, disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp029554.pdf>

⁴³⁰. Cfr. ROBERTA MAGALHÃES GUBERT, *Mauerschützen (O caso dos atiradores do muro de Berlim) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy: Aportes hermenêuticos ao debate acerca da relação entre o direito e moral*, Dissertação de mestrado apresentada junto ao programa de pós-graduação em direito, para a obtenção do grau de mestre em direito público, Univer-

sidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2006, p.18, disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp029554.pdf>

pronunciou de maneira diferente da sentença já proferida anteriormente pelo Tribunal Regional de Berlim, embora a sua fundamentação divergisse daquela apresentada por este Tribunal, seguindo o trilhado da teoria da injustiça extrema, desenvolvida por Gustav Radbruch.

Outros casos há em que se colocou em causa a atuação dos guardas da fronteira, no que diz respeito às ordens recebidas superiormente, referindo-nos aos autores mediatos, por exemplo, no caso de *Streletz, Kessler e Krenz v Alemanha*⁴³¹. Neste caso em concreto, os três requerentes mencionados, incitaram ao cometimento do homicídio de jovens que tentaram fugir em direção à República Federal Alemã, entre 1971 e 1989, tendo sido mortos por pisarem minas ou por terem sido atingidos pelos guardas da fronteira. As ordens transmitidas eram da decisão do Conselho de Defesa Nacional, do qual os requerentes faziam parte, um como deputado do Ministro da Defesa, entre 1979 e 1989 (Streletz), outro como Ministro da Defesa, entre 1985 e 1989 (Kessler), e o terceiro como presidente do Conselho de Estado e do Conselho Nacional de Defesa, de Outubro a Dezembro de 1989 (Krenz). Aquelas ordens iam no sentido de proteger a todo o custo as fronteiras da República Democrática Alemã, mesmo que isso significasse a perda da vida dos “violadores de fronteira” (*Grenzeverletzer*). O Tribunal Regional de Berlim condenou os dois primeiros requerentes por incitamento ao homicídio, sustentado pelo desrespeito dos elementares preceitos da justiça e dos direitos humanos, protegidos pelo direito internacional, e que sabiam que as ordens iriam ser cumpridas pelos guardas das fronteiras, resultando em atos de violência. Foi aplicada a lei penal da República Federal Alemã por a mesma se mostrar mais favorável, e em parte por ser a lei aplicável onde o resultado dos crimes se verificou, uma vez que uma das vítimas tinha morrido em território da República Federal Alemã.

À semelhança do que aconteceu no caso anteriormente referido, os requerentes recorreram para o Tribunal Federal de Justiça, contudo, este

sidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2006, p.18, disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp029554.pdf>

⁴³¹. Cfr. Caso *Streletz, Kessler e Krenz v. Alemanha*, Applications nos. 34044/96; 35532/97; 44801/98, 22 de Março de 2001, disponível em http://www.menschenrechte.at/orig/01_2/Streletz.pdf.

manteve a decisão sustentada pelo Tribunal Regional de Berlim.

O terceiro requerente — Krenz — foi também condenado por incitamento ao homicídio, e encontra-se relacionado com o primeiro caso aqui abordado, onde dois guardas da fronteira atingem um jovem fugitivo pelas costas e deixam-no morrer, sem lhe prestar auxílio que lhe pudesse salvar a vida. Tal como os outros dois requerentes, também Krenz recorreu para o Tribunal Federal de Justiça, tendo este se pronunciado de forma idêntica ao Tribunal Regional de Berlim, nomeadamente referindo que o requerente havia participado nas decisões do Gabinete Político e no Concelho de Defesa Nacional, dando instruções precisas como parte integrante da cadeia de comando, finalizando com as ordens dadas aos guardas da fronteira e os disparos mortais⁴³².

Pelo exposto, abrimos aqui um parêntesis para referirmos que o Direito Penal garante uma determinada configuração social enquanto a sociedade a aceite e se conforme com determinadas expectativas e estas não sejam demasiado elevadas de forma que ambos não conflituam.

Se a sociedade prossegue segundo regras que são contrárias ao Direito, então haverá uma altura em que se dará uma separação, pois um Direito penal que prossiga contra o espírito arraigado dos tempos não produz uma coesão com sentido, sendo apenas uma mistura de manifestações individuais incoerentes. Num tal Direito penal, a configuração externa, a diferença do que ocorre num Direito penal ajustado ao espírito dos tempos em que este é só um símbolo no marco de uma comunicação, e se converte na essência: converte-se num ordenamento coercivo abstrato externo — que já não se corresponde com a sociedade⁴³³.

3. Direito, a moral e a ética num Estado de direito democrático

3.1. Da Moral

A moral estudada desde os primórdios dos tempos pelos filósofos incorpora-se no estado de espírito dos homens e modela a sua conduta no mundo. A noção de justiça, de bem e de mal, do que é certo e do que é errado, assim como a procura da verdade, os próprios desejos humanos, são elementos que interagem com a moral, estabelecendo para cada homem um limite ou a ausência desse limite na sua atuação perante os outros e na sua vivência em sociedade.

A liberdade é o mais elevado bem que existe para os homens, não residindo nas riquezas acumuladas, mas na alma, pois é preferível viver livre e pobre numa democracia, do que rico e escravo numa oligarquia⁴³⁴. Não são as riquezas que tornam os homens felizes, mas além da liberdade, também a justiça e a razão. O alinhamento da ação moral inclui o respeito para consigo mesmo, entendendo-se daqui que não se deve praticar o mal sabendo que ninguém está a ver e ninguém sabe ou virá a saber, mas sim porque sabe, no seu íntimo, que é mau o ato que se pratica. A lei moral aparece, assim, intrinsecamente ligada ao interior da pessoa humana, fazendo da moral a sua própria lei consoante o conceito de respeito que cada indivíduo tem de si próprio, fundamental para a compreensão do valor e da dignidade da pessoa humana⁴³⁵. A dignidade da pessoa humana reside na existência de valores essenciais à sua vida, mesmo que esses valores se encontrem na esfera da sua própria individualidade⁴³⁶.

3.2. O papel da moral na atuação dos soldados

Abordar a moral num caso como o que aqui estudamos revela-se complexo, pois como referimos anteriormente, não só porque se trata de um conceito que

⁴³² Cfr. Caso *Streletz, Kessler e Krenz v. Alemanha*, Applications nos. 34044/96; 35532/97; 44801/98, 22 de Março de 2001, disponível em http://www.menschenrechte.at/orig/01_2/Streletz.pdf.

⁴³³ Neste sentido, GÜNTHER JAKOBS, *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Thomson Civitas Ediciones, 1.ª Edição, 2004, p. 77.

⁴³⁴ Cfr. NICOLA ABBAGNANO, *História da Filosofia, Volume I*, Editorial Presença, Lisboa, 1969, p. 94.

⁴³⁵ Cfr. NICOLA ABBAGNANO, *História da Filosofia, Volume I*, Editorial Presença, Lisboa, 1969, pp. 93-94.

⁴³⁶ Cfr. M. BRAGA DA CRUZ, *Teorias Sociológicas — Os Fundadores e os Clássicos, Vol. I (Antologia de Textos)*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 607.

reside no interior da personalidade humana, dependendo de pessoa para pessoa, mas também porque os soldados respondiam a ordens superiores.

No que concerne aos guardas da fronteira podemos referir que a sua atuação não dependia da moral de cada um. A sua atuação dependia da garantia de que ninguém passava a fronteira, pois essa eficácia mantinha o poder totalitário intacto.

Para que essa obediência se mantivesse, havia casos em que os soldados eram chantageados e ameaçados na sua integridade física e na dos seus familiares. Na verdade, as ameaças resultavam num meio de que as ordens transmitidas eram efetivamente cumpridas. Poderia até afirmar-se que não se compreendia como se poderia acatar tal tipo de ordens de “atirar a matar”, ou deter a passagem de um fugitivo a qualquer custo, contudo, cremos que tal tarefa não seria fácil de executar, se não para todos, pelo menos para alguns. A prova disso revela-se na tentativa de fuga de alguns guardas da fronteira e que se contavam entre as vítimas do Muro de Berlim, bem como nas fugas bem sucedidas de outros soldados daquela força, além da alegria demonstrada aquando do fim do cumprimento de tempo na Guarda da Fronteira — ao fim de 18 meses os soldados podiam abandonar aquela força militar⁴³⁷.

Daqui se pode extrair, em parte, como a moral, intrínseca à personalidade de cada indivíduo, poderá ter influenciado a decisão e a atuação dos soldados da Guarda da Fronteira em determinadas situações, se não no auxílio de fuga de alguns cidadãos, pelo menos na decisão de não compactuar com as medidas impostas, nomeadamente as de disparar contra quem tentasse passar o Muro, levando-os a abandonar a função de soldados do muro.

A moral coexiste com a ética, entrelaçando-se e até se confundindo na definição de conceitos, pois a origem desta última exprime a mesma realidade que a moral, ou seja, a maneira de ser, o caráter, fundamentando-se e fundindo-se uma na outra.

3.3. Da Ética

A ética é a realização da liberdade e o Direito, momento essencial do processo ético, representa a sua

garantia específica, tal como vem sendo modelado através dos tempos, de uma forma harmoniosa e própria para conciliar a liberdade, a norma e o poder⁴³⁸.

De entre as virtudes éticas⁴³⁹, destacamos a justiça por ser a que se relaciona mais estreitamente com o nosso trabalho. Neste sentido, destacamos que o homem que respeita todas as leis é o homem completamente virtuoso, considerando que a virtude moral consiste em escolher o justo meio dos dois extremos viciosos que pecam um por excesso, o outro por defeito (por exemplo, a coragem é o justo meio entre a cobardia e a temeridade)⁴⁴⁰, sendo que os seus diferentes aspetos constituem as virtudes éticas, como já referimos.

Estreitamente ligada à justiça — a principal virtude ética — está o direito público, o direito privado e o direito natural, o qual conserva o seu valor em qualquer lugar mesmo que não esteja sancionado pelas leis⁴⁴¹. A ética representa a construção de padrões comportamentais sociais, através do esclarecimento do que é o bem e o que é o mal dos atos humanos, procurando a problematização dos conteúdos da atitude moral. Em bom rigor, a ética é uma reflexão sobre a moral, incidindo sobre o dever ser e não apenas sobre o ser⁴⁴².

3.4. O papel da ética — conflito de deveres?

A ética ocupa-se dos atos humanos em sentido restrito, por serem aqueles que são realizados com consciência e vontade⁴⁴³. Neste sentido, a ética é direcionada a um determinado contexto, a uma determinada circunstância, ponderação das decisões tomadas e

⁴³⁷ Cfr. GORDON L. ROTTMAN, *The Berlin Wall and the Intra-Germany Border 1961-89*, Ílios Publishing, Oxford, 2008, p. 56.

⁴³⁸ Cfr. MIGUEL REALE, *Filosofia do Direito*, 19.ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2002, p. 220.

⁴³⁹ Sobre este assunto vide NICOLA ABBAGNANO, *História da Filosofia, Volume I*, Editorial Presença, Lisboa, 1969, p. 287.

⁴⁴⁰ NICOLA ABBAGNANO, *História da Filosofia (...)*, op. cit., p. 287.

⁴⁴¹ NICOLA ABBAGNANO, *História da Filosofia (...)*, op. cit., p. 287.

⁴⁴² Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Ética Policial e Sociedade democrática*, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2001, p. 27.

⁴⁴³ Cfr. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Ética Policial e Sociedade democrática*, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2001, p. 15.

das consequências resultantes dessas decisões.

Debruçando-nos sobre o caso aqui em estudo, no que diz respeito à prática profissional dos guardas da fronteira, onde os procedimentos adotados deveriam decorrer, também, da sua aplicação segundo uma ética procedimental, onde a resolução dos conflitos deveria ser orientada pela negociação e pelo respeito mútuos, verificámos anteriormente que não foi o que aconteceu. A conduta dos guardas da fronteira deveria estar limitada e condicionada por normas legais e supraleais que proíbem a violação do direito à vida, à integridade física e à dignidade da pessoa humana, enquanto ser livre na sua circulação e expressão, só assim se verificaria o respeito por uma ética não só social, mas também profissional. Daqui decorreria a teoria moral de saber se determinados comportamentos são moralmente corretos ou se seria aceitável uma ética profissional distinta, considerando que, do ponto de vista de uma teoria moral sedimentada na pessoa ou nos direitos, essa repressão dos valores morais só deveria ser admissível quando estivesse implícita a defesa de valores mais importantes ou fundamentais, recorrendo-se não só à ponderação, mas também à própria hierarquia desses mesmos valores.

A imposição de procedimentos internos sobre a atuação dos guardas da fronteira conduziu-os a atos contrários ao direito, resultando na morte de centenas de vítimas. O indivíduo é juiz de si próprio, das suas condutas, julgando-se perante si mesmo e perante o seu Deus⁴⁴⁴.

3.5. Do Direito

Num Estado de direito democrático a tutela dos direitos fundamentais assume um papel crucial, não só no direito positivo. Também o próprio direito natural consubstancia que existem determinados valores e direitos, de carácter universal, que não podem ser alienados e que devem ser protegidos contra qualquer ingerência — o direito à vida, à integridade pessoal ou à liberdade física e de consciência. Os direitos fundamentais fazem parte do corolário de um Estado de direito democrático, sendo direitos absolutos, intemporais e imutáveis, estreitamente relacionados com o

ser humano, constituindo um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordenamento jurídico⁴⁴⁵.

Num Estado totalitário essa tutela de valores e princípios considerados inalienáveis e invioláveis num Estado onde os mesmos são os pilares da sua Constituição, não detém essa relevância, pois os interesses e os fins do próprio Estado e da estrutura do seu regime são a prioridade de um governo não democrático.

A liberdade de circulação, a liberdade de expressão e até de consciência são valores desintegradores de um Estado totalitário, logo, deve haver por parte deste, um controlo, uma maneira de os suprimir na comunidade, vedando o conhecimento, a informação e até a circulação das pessoas como forma de evitar o tumulto das massas, derivado do seu descontentamento social, político e ideológico. O direito surge, assim, condicionado pela vontade de um Estado que o dispõe segundo os objetivos que pretende alcançar.

Num regime como aquele que foi instituído na República Democrática Alemã — totalitário — os direitos humanos tiveram um papel muito ténue, como pudemos verificar ao longo do nosso estudo. Muito embora tivessem participado na assinatura de diversos tratados internacionais cujo objetivo seria a proteção da vida, da integridade e da dignidade da pessoa humana, de forma que o passado recente vivido durante a Segunda Guerra Mundial não se repetisse, na verdade a efetividade da tutela desses direitos invioláveis nunca foi cumprida durante o regime não democrático. Cingida a um regime cujo espelho era a União Soviética, a República Democrática Alemã foi trilhando um caminho, ano após ano, no sentido de refrear todo o tipo de liberdades e garantias dos seus cidadãos.

A criação de forças militares e policiais (policias secretas, de informações) leais ao governo, bem como o uso de chantagem, a repressão de funcionários e empregados em diversos sectores da indústria e serviços, como forma de mais produzirem, levou a um controlo completo de uma sociedade que se viu isolada do resto do mundo.

⁴⁴⁴. Cfr. ÉMILE DURKHEIM, *On Morality and Society — The heritage of Sociology* (Introdução de Robert N. Bellah), Universidade de Chicago, 1973, p. 52.

⁴⁴⁵. Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.^a Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2010, p. 21.

3.6. Dos direitos fundamentais implícitos

Ao longo das eras assistimos a uma luta pela consolidação de direitos humanos, considerados fundamentais para a existência do Homem em sociedade, tais como o direito à inviolabilidade da vida humana e ao respeito pela integridade física, o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade de circulação, à liberdade de expressão, entre outros direitos constitucionalmente consagrados.

Na verdade, “os direitos fundamentais começaram por ser obra do pensamento humano e duram como explicitações, condicionadas em cada época, da autonomia ética do Homem, um valor que transcende a História e está para além do direito positivado”⁴⁴⁶. Podemos afirmar que a sua génese foi durante o Império Romano, tendo o Direito Romano sido alicerçado em direitos, regras, valores e princípios, mas também deveres, que vingaram até à atualidade, ultrapassando épocas difíceis, tais como a Idade Média, a I e II Guerras Mundiais, entre outros conflitos resultantes da sede de poder, chegando aos nossos dias, não na sua forma original, mas as alterações sofridas também não conseguiram apagar a verdadeira essência desses princípios. Nesta prossecução de pensamento atrevemo-nos a dizer que os direitos fundamentais «gozam de anterioridade relativamente ao Estado e à Sociedade: pertencem à ordem moral e cultural donde um e outra tiram a sua justificação e fundamento»⁴⁴⁷.

Assiste-se, atualmente, a uma afirmação e aprofundamento dos direitos fundamentais. Contudo, verificamos que nem sempre são respeitados, pois quanto mais ouvimos falar de direitos constitucionalmente protegidos, da sua importância e da relevância que têm e da luta pela sua defesa, mais vemos surgir situações em que esses mesmos direitos são violados, muitas vezes em benefício de um poder político ou económico.

Cremos, pois, que “cada novo direito apaga mais um tanto a marca do que é verdadeiramente fundamental. E, com esta degradação, consagram-se como direitos fundamentais aspetos que exprimem pre-

tensões de grupos ou classes que não atendem, ou inclusivamente podem ser contrários, à dignidade da pessoa humana”⁴⁴⁸.

As próprias declarações que surgem pela defesa dos direitos humanos desempenham um papel relevante na relação entre países, no que concerne à existência da cooperação, e não tanto na defesa dos direitos dos cidadãos desses mesmos países, talvez por receio de “beliscar” as relações políticas e diplomáticas celebradas entre países. Quantas vezes assistimos impávidos e serenos a situações de conflitos armados, ou mesmo à aplicação de políticas internas de um determinado país (normalmente um país de regime totalitário) que colocam em risco os direitos mais elementares dos seus cidadãos e nada se invoca ou se faz no sentido de se parar com essas atrocidades, pois a intervenção externa poderia colocar em risco uma relação de paz que se mantém com esse país?

As medidas adotadas pela República Democrática Alemã para evitar a saída dos seus cidadãos em direção à República Federal Alemã, nomeadamente, a delimitação de fronteiras, o corte de vias férreas, o corte de vias rodoviárias de acesso à zona ocidental — num primeiro planeamento —, e mais tarde a construção do Muro de Berlim, bem como o corte radical do acesso a informação que chegava do resto do mundo através do cinema e dos média — na concretização final do planeamento —, conduziu à restrição de uma diversidade de direitos fundamentais, defendidos a nível internacional. Desses direitos destacam-se o direito à liberdade de circulação, o direito à liberdade de expressão, o direito à vida e à integridade física e o direito à dignidade da pessoa humana, consagrados nas constituições de um Estado de direito democrático e nas convenções internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

3.7. Do desrespeito dos princípios — em especial do Princípio da Proporcionalidade

O indivíduo, como ser social que é, tem a responsabilidade de manter um determinado comportamento que não conflitua com os demais, exigindo-se-lhe o cumprimento dessas regras e normas de forma que a

⁴⁴⁶. Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4.^a Edição, Almedina Editora, 2010, p. 21.

⁴⁴⁷. Cfr. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa (...)*, op. cit., p. 21.

⁴⁴⁸. Cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, “Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2009, p.14.

dignidade da pessoa humana seja respeitada.

A vivência em sociedade leva a que as condutas e os comportamentos sejam contidos segundo normas que regulem as relações interpessoais. Deve, assim, existir um equilíbrio em prol da sã convivência em comunidade. A sociedade norteia-se por valores, ideais e princípios constitucionalmente protegidos, indispensáveis à edificação de uma sociedade justa, solidária e livre, onde a dignidade da pessoa humana e a vontade popular são as pedras basais para a garantia dos direitos fundamentais, ornada pelos princípios morais e éticos, valores essenciais da condição humana⁴⁴⁹.

Para tal, existem normas legais que regulam as condutas dos indivíduos numa sociedade democrática. Contudo, decorre do Estado a tutela dos direitos dos cidadãos, com o reconhecimento e o respeito pelos princípios do direito natural.

PIEROTH e SCHLINK afirmam que os direitos fundamentais são, enquanto parte do direito público e do direito constitucional, direito político e estão sujeitos à mudança das ordens políticas. Mas, os direitos fundamentais são, também e simultaneamente, uma resposta à questão fundamental invariável da relação entre a liberdade individual e a ordem política⁴⁵⁰. A existência de tal equilíbrio é essencial para a satisfação e para a vivência em harmonia e justiça da sociedade em geral, seja a um nível material, como a realização profissional, o bem-estar material, a concretização de objectivos profissionais, seja a um nível mais íntimo, pessoal, como o respeito pela pessoa humana, o respeito pela identidade pessoal, o respeito pela vida privada e familiar e o respeito pelas suas ideologias e crenças.

Tratando-se de um Estado não democrático, os interesses do Estado sobrepõem-se aos interesses da sociedade, deixando de se verificar a tutela dos direitos fundamentais, considerados exigências éticas que todos têm pela condição que detêm de serem humanos, logo, o direito de igualdade ao seu reconhecimento, proteção e garantia⁴⁵¹, bem como a prossecução da dignidade da pessoa humana.

Assiste-se, dessa forma, a uma ingerência nos princípios e valores constitucionalmente protegidos, sobre os quais já falámos anteriormente. Ao longo do nosso estudo, pudemos verificar que o núcleo dos direitos fundamentais foi violado, nomeadamente o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à liberdade e, por inerência destes, o direito à dignidade da pessoa humana. O direito à liberdade adquire, aqui, uma dupla vertente: constitui o primado de um Estado de direito democrático, valorado como um direito natural que todo o indivíduo detém de exigir, como ser livre de pensar e de agir. A liberdade assume, assim, um duplo sentido, tanto de princípio como de direito, e na esteira de GUEDES VALENTE “a liberdade apenas se concretiza quando a justiça, como «insubstancial que de nada depende mas do qual, no mundo jurídico, tudo depende», se enraíza em princípios como os da igualdade e da imparcialidade”⁴⁵². O princípio da liberdade encontra a sua complementaridade na coexistência harmoniosa com o princípio da ordem, o princípio da paz, o princípio pela dignidade da pessoa humana, o princípio pela personalidade individual, o princípio pela segurança como princípios supremos e intrínsecos inerentes ao ser humano⁴⁵³.

No entanto, decorrente das circunstâncias ocorridas durante o tempo que se manteve o muro de Berlim, existem ainda outros princípios atropelados em nome da missão de não permitir a passagem para a zona ocidental de qualquer fugitivo que o tentasse fazer. Referimo-nos ao respeito pelo princípio da proporcionalidade como proibição do excesso, atendendo ainda que, os direitos fundamentais devem prevalecer sobre as ingerências, evitando-se fazer interpretações extensivas ou análogas — *in dubio pro libertate*⁴⁵⁴, atropelando direitos, liberdades e garantias. Desta forma, o cumprimento dos princípios acima plasmados deveria ter como função primordial a criação de uma barreira contra o abuso de poder⁴⁵⁵ —

Segurança Interna, Lisboa, 2001, p. 32.

⁴⁴⁹. Cfr. MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal — Tomo I*, 2.ª Edição, Revista actualizada e comentada, Editora Almedina, Coimbra, 2009, p. 189.

⁴⁵⁰. Cfr. BODO PIEROTH e BERNARD SCHLINK, *Direitos Fundamentais: Direito Estadual II*, Trad. de António Franco e António Francisco de Sousa, col. «Manuais», Universidade Lusfada Editora, 2008, p. 7.

⁴⁵¹. GERMANO MARQUES DA SILVA, *Ética Policial e Sociedade democrática*, Instituto Superior de Ciências Policiais e

⁴⁵². MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal — Tomo I*, (...), p. 254.

⁴⁵³. Neste sentido *vide* MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal — Tomo I*, (...), p. 254.

⁴⁵⁴. Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional — Tomo IV — Direitos Fundamentais*, 2.ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, 1998, p. 307.

⁴⁵⁵. Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional* (op. cit.), p. 308.

caso se tratasse de um Estado de direito democrático —, além de serem sempre dirigidos à prossecução de objectivos legalmente definidos, numa linha de razoabilidade, necessidade e adequabilidade.

É do conhecimento público que os cidadãos que tentavam alcançar e passar o muro em direção à República Federal Alemã eram advertidos para pararem e, em caso de desobediência, era alvejados, ato que causou a morte a muitos.

Decorre daqui questionar se existia proporcionalidade nos meios utilizados pelos guardas da fronteira em relação aos cidadãos que tentavam a fuga? Defendemos que, perante um conflito de valores, de direitos, a ponderação e o princípio da proporcionalidade⁴⁵⁶ são fatores a ter em conta na altura de tomar uma decisão em que a vida ou a integridade física estejam em causa.

Neste sentido, os soldados do Muro de Berlim deveriam pautar a sua atuação pelo respeito por direitos, liberdades e garantias protegidos por um direito supralegal ou mesmo pelo direito natural e pelo direito internacional, e limitar essa atuação ao estritamente necessário, adequado e proporcional.

Quando falamos na necessidade referimo-nos a uma das dimensões essenciais do princípio da proporcionalidade⁴⁵⁷, a necessidade, significa que os meios adotados, dentro daqueles que configuram o universo dos abstratamente idóneos, deveriam de ser aqueles que menos lesassem os interesses e direitos do cidadão⁴⁵⁸. Ao atuarem, os guardas da fronteira deveriam ter escolhido a medida que se verificasse menos gravosa para a esfera jurídica do cidadão, ou seja, obedecer ao princípio de proporcionalidade *stricto sensu*, mesmo que isso fosse contra as instruções que lhes eram determinadas superiormente.

⁴⁵⁶. “Princípio da proporcionalidade é o princípio segundo o qual a limitação de bens ou interesses privados por actos dos poderes públicos deve ser adequada e necessária aos fins concretos que tais actos prosseguem, bem como tolerável quando confrontada com aqueles fins”, DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo — Vol. II*, Editora Almedina, Coimbra, 2007, p. 129.

⁴⁵⁷. As outras dimensões do princípio da proporcionalidade são a adequação e o equilíbrio, neste sentido, *vide* DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo — Vol. II*, Editora Almedina, Coimbra, 2007.

⁴⁵⁸. Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo — Vol. II*, (op. cit.), p. 130.

3.8. Do Direito, da moral e da ética — Que relação num Estado de direito democrático?

Enquanto valores constitucionais de um Estado de direito democrático, os direitos fundamentais não são absolutos, nem são tão-pouco ilimitados, e aqui, perfilhando a ideia de VIEIRA DE ANDRADE, a sociedade não se limita a reconhecer o valor desses direitos, mas considera-os segundo uma ideia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários⁴⁵⁹, para que o cidadão, enquanto indivíduo participante de um todo, de uma comunidade, percepcione a importância de tais valores e princípios e contribua no sentido de os fazer respeitar e valorar, criando uma harmonização, um equilíbrio entre o direito, a moral e a ética, onde a prossecução seja o bem-estar comum.

Em parte, cabe ao Estado de direito democrático, a concretização desse equilíbrio como forma de manter uma sociedade devidamente estruturada e harmonizada, salvaguardando os direitos, liberdades e garantias, prosseguindo com a satisfação das necessidades dos seus cidadãos, sejam elas materiais, promovendo o bem-estar e a qualidade de vida, sejam necessidades imateriais, garantindo o respeito pelas liberdades fundamentais⁴⁶⁰ e pela dignidade da pessoa humana, muito embora o cidadão, enquanto indivíduo pertencente a uma comunidade pode e deve contribuir para o alcance desses mesmos fins. FIGUEIREDO DIAS defende que existe uma “nítida relação de supra/infra-ordenação entre o Estado soberano, dotado do *ius puniendi*, e o particular submetido ao império daquele”⁴⁶¹, afirmando, ainda, que é bastante visível “a função estadual de preservação das condições essenciais da existência comunitária e o poder estadual de, em nome daquela preservação, infligir pesadas consequências para a liberdade e o património — quando já não, como infelizmente ainda (ou de novo) em tantos países, para a vida e para o corpo — dos cidadãos”.

⁴⁵⁹. Cfr. JOSÉ VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2010, (...), p. 239.

⁴⁶⁰. Cfr. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português, Volume I — Identidade Constitucional*, 2010, p. 32.

⁴⁶¹. Cfr. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral — Tomo I. Questões fundamentais — A Doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, 2004, p. 13.

Que relação, então, decorre num Estado de direito democrático entre o direito, a moral e a ética? A noção de justiça, de busca da verdade, são os principais ideais que geram a expressão da união daqueles conceitos, pois a realização da justiça passa pelo respeito pela lei, mas também passa pela noção que cada indivíduo tem sobre o que é o bem, o que é o mal, e passa também pela decisão na tomada de uma conduta contrária ou não ao direito, pois é dever moral toda a pessoa cumprir a lei⁴⁶². Dessa harmonização resulta o alinhamento entre o direito, a moral e a ética, alinhamento, esse, necessário a uma sociedade onde o respeito pela lei garante o gozo da liberdade.

Considerações finais

Finalizada que está a exposição do nosso trabalho, torna-se necessário tecer algumas considerações.

Com o presente trabalho abordámos um tema histórico que, pela sua complexidade no que concerne à ingerência nos direitos humanos e pelas medidas sociopolíticas adotadas, chocou o mundo.

A consciencialização da tutela dos direitos humanos, trazida há bem pouco tempo pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das demais convenções assinadas logo após o término da Segunda Guerra Mundial, onde a União Soviética tomou parte, revelou-se mais visível com as medidas implementadas pelo regime totalitário da República Democrática Alemã.

Pegando em *prima facie* no nosso problema de partida, salientamos a questão da atuação dos soldados do Muro de Berlim no caso de tentativas de fuga.

A complexidade do assunto relaciona-se não só com a legitimidade das ordens dadas superiormente à altura dos factos, mas também com a consciencialização de que os atos praticados pelos guardas da fronteira incorriam numa grave violação dos mais nucleares direitos humanos, sendo esta a ideia que perfilhamos ao longo de todo o nosso estudo.

A nossa análise não se limitou a explorar os acontecimentos históricos ocorridos durante a existência

do Muro de Berlim, estreitamente relacionados com a atuação da Guarda da Fronteira, apesar de ter sido o assunto central do primeiro capítulo do nosso trabalho. Mas daqui se retira que não faria sentido abordar a problemática da atuação dos guardas da fronteira se não fizéssemos *a priori* uma abordagem histórica, contextualizando a criação da Guarda da Fronteira não só como uma decorrência do planeamento e construção do Muro de Berlim e da necessidade de ter uma força militar especializada para o controlo das fronteiras, mas também da presença de um regime totalitário que se impunha e se mostrava ao resto do mundo como uma potência. Tornava-se, portanto, imperativo a criação de uma força leal ao governo no cumprimento das medidas tomadas acerca do Muro de Berlim e da proibição da sua transposição.

O nosso estudo incidiu também sobre a legislação em vigor na altura da construção do Muro de Berlim, nomeadamente a que se relacionava com a proibição da passagem de cidadãos da República Democrática Alemã para a República Federal Alemã, legitimando os soldados da Guarda da Fronteira a *atirar a matar*. As leis existem para regular determinados comportamentos e condutas humanas. Nesse sentido, tornou-se necessária a criação de uma lei que regulasse os comportamentos avessos ao respeito pela não transposição do Muro. Ainda antes da construção do Muro, a partir de 1945, essas proibições de passar a Linha de Demarcação, tinham um fundamento legal denominado a Lei da Fronteira que proibia que os cidadãos passassem as barreiras já então existentes. Esta Lei condenava até três anos de prisão quem tentasse passar a fronteira sem estar autorizado, penalizando também os atos preparatórios. Em 1957 a Lei passou a ser aplicada em todo o território da Alemanha Oriental.

Com a queda do Muro de Berlim, tornou-se necessário reestruturar a sociedade em termos dos seus poderes legislativo, executivo e judicial.

A justiça de transição, da qual se fez referência no nosso trabalho, foi decisiva como forma de equilibrar as normas e as decisões dos tribunais. Nessa senda, era importante proceder-se ao julgamento dos indivíduos pelos crimes cometidos, ou seja, dos guardas da fronteira que tinham incorrido em crime com a sua atuação. Da sua atuação resultou uma grave violação dos direitos humanos — o direito à vida, principalmente —, à luz do direito natural e do direito internacional, apesar de, segundo o direito em vigor na República Democrática Alemã, o homicídio de quem

⁴⁶² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Ética Policial e Sociedade democrática*, Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna, Lisboa, 2001, p. 34.

tentasse transpor o muro estivesse acobertado pela Lei da Fronteira e o próprio Código Penal previr como crime punível com pena de prisão a tentativa de fuga.

Considerou-se, nesse sentido, de que todas as mortes provocadas aquando da tentativa de fuga incorriam numa grave violação dos direitos humanos, apesar de termos presente que alguns autores, sobre os quais fizemos algumas referências, defendiam a distinção entre casos “normais” e casos excecionais. Esta distinção poderá estar relacionada com a necessidade de se ver caso a caso, no sentido de analisar os circunstancialismos de cada situação.

Ainda acerca deste ponto e sobre os julgamentos dos guardas da fronteira, abordámos o conceito de justiça de transição — como já foi referido —, bem como a sua aplicabilidade àqueles julgamentos, aproveitando para explorar um pouco a problemática em torno do sistema judicial, alterado que foi pela queda do Muro de Berlim, sofrendo alterações profundas. Aqui, apercebemo-nos da dificuldade em julgar e em aplicar uma justiça e uma lei que tivesse como princípio a proibição da retroatividade, bem como a aplicação da lei mais favorável ao arguido, partindo do pressuposto que existiam duas sociedades num mesmo país, dois povos com mecanismos de Estado completamente diferentes, incluindo, nessa diferença, o sistema judicial.

Por fim abordámos a questão da moral, a ética e o direito relacionados com as decisões tomadas pelos guardas, esforçando-nos por estabelecer uma ligação entre os três, como fazendo parte de um Estado de direito democrático. Mas, na verdade, A República Democrática Alemã não vivia sob um Estado de direito democrático.

A construção do Muro de Berlim teve como principal objetivo isolar a Alemanha Oriental de qualquer influência que pudesse alterar o regime imposto pelos soviéticos: um regime totalitário, que se pretendia manter a todo o custo, mesmo em prejuízo do próprio povo e cuja proteção deveria vir do próprio Estado. As barreiras de arame farpado, os cortes de estrada e de vias férreas já não eram suficientes para travar a saída em massa dos habitantes da Alemanha Oriental para a Alemanha Ocidental. O poder absoluto sobre o povo só seria possível se se evitasse a sua deslocação para fora daquele território evitando, também, o desmoroar da economia. Mas a construção do Muro só poderia ser concretizável desde que fosse intransponível, e para isso seria necessário uma vigilância cons-

tante e severa. A formação da Guarda da Fronteira e a legitimação da sua atuação só tornou mais forte o regime totalitário já vigente.

Pode até questionar-se a legitimidade dessa atuação perante os direitos, liberdades e garantias consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos ou na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, mas a verdade é que a sua atuação se encontrava protegida por uma norma, embora fosse considerada violadora dos mais elementares direitos fundamentais. Poderia censurar-se se a sua atuação se revestisse de especial perversidade para com os fugitivos, se existiria mesmo necessidade de disparar mortalmente, pressupondo-se que quem fugia seriam civis desarmados. Aqui, a moral serviria como ponto de equilíbrio numa tomada de decisão que caberia aos guardas: a consciência de decidir disparar mortalmente ou somente ferir.

Esta é uma questão que se reveste de alguma complexidade. Por um lado, quem foge procura algo mais precioso do que os bens que deixa para trás: a liberdade ou estar junto da família, ou melhores condições de vida, e dispõe-se a arriscar a própria vida para o alcançar, pois conhece os riscos inerentes à sua fuga caso seja detectado. Por outro lado, temos os guardas, legitimados a disparar mortalmente. Alguns reconhecem não conseguir fazê-lo e, assim que podem abandonam a função, sendo ameaçados bem como as suas famílias se não cumprirem com as ordens que lhes foram superiormente emanadas.

A conflitualidade de factores no momento de decidir: a consciência do que seria certo e errado, a ética daquilo que se deve fazer, e o direito a legitimar os atos dos guardas.

Este trabalho visou, acima de tudo, a análise de uma realidade que alterou profundamente o mundo, não só a nível social, como político, como económico, como também jurídico. Numa época em que a realidade dos cidadãos da Alemanha Oriental mudou drástica e literalmente da noite para o dia, a indecisão entre permanecer ou tentar a fuga só se mantinha pelo facto de o Muro estar fortemente vigiado. A (in) decisão de disparar mortalmente cabia ao guarda que ali estivesse aquando da fuga: o dever de obediência à lei ou a proteção da vida humana?

História das Relações Internacionais no constitucionalismo angolano

History of International Relations for the Angolan Constitution

Martinho Nombo.

Advogado e Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Resumo: História das Relações Internacionais no Constitucionalismo Angolano analisa, de forma perfunctória, a diplomacia angolana durante e após a Guerra Fria, assim como as cláusulas internacionais da Lei Constitucional de 1975 e suas sucessivas revisões, especialmente na actual Constituição Política de Fevereiro de 2010, sem desprimor do tetrapartido Acordo de Alvor celebrado entre Portugal, UNITA, FNLA e MPLA.

Duramente assolada por uma inusitada guerra civil, fomentada e apoiada pelos EUA e pela URSS, apenas em 2002 com a morte do guerrilheiro Jonas Savimbi, Angola passou a viver a paz efectiva, com um défice de desenvolvimento e eficácia dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Relações Internacionais, Direito Internacional, Angola, Constituição.

Abstract: The History of International Relations of Angola Constitutionalism briefly analyses the Angolan diplomacy during and after the Cold War as well as the international clauses of constitutional law of 1975 and its successive revisions, especially on the actual political constitution of February of 2010, without considering the Alvor tetraparty agreement between Portugal, UNITA, UNITA, FNLA and MPLA.

Devastated hardly by unusual civil war fomented and supported by the USA and the USSR, only in 2002, with the death of guerrilla-fighter Jonas Savimbi, did Angola start to live an effective peace with a deficit of development and effectiveness of fundamental rights.

Keywords: International Relations, International Law, Constitution, Angola

Introdução

Relações internacionais enquanto tais, para Angola, tiveram início apenas em 1975, ano da independência. Só assim fazia sentido, já nas vestes de Estado soberano, com uma Constituição aprovada, cinco séculos após a chegada de Diogo Cão à foz do rio Congo. Nela se fizeram opções estratégicas de natureza política e económica que nortearam as relações com o exterior e o diálogo com o Direito Internacional público. Fixa-se o termo *a quo*, o 11 de Novembro de 1975 e a aprovação da Constituição de 5 de Fevereiro de 2010, termo *ad quem*. É sobre esse período que incidirá a nossa reflexão sobre as opções constitucionais angolanas em matéria de cláusulas internacionais, abrangendo tanto as Relações Internacionais como o Direito Internacional. Precizado o espaço temporal sobre o qual incidirá a pesquisa, consideramos não ficarem precludidas as hipóteses de fazermos eventuais incursões em momentos anteriores, se tal se revelar necessário.

Fazemos a abstracção do curto período durante o qual foi concedido pelas autoridades coloniais à então colónia de Angola, no acto da revisão da Constituição de 1933, o estatuto honorífico de Estado, sem implicações práticas, a começar pela falta de personalidade jurídica internacional, e a impossibilidade de praticar qualquer acção soberana.

A presença de alguns consulados no território durante a colonização não altera o quadro, além de as relações consulares não integrarem uma componente diplomática, matéria regida por convenção diversa, a Convenção de Viena sobre Relações Consulares⁴⁶³, e não pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas⁴⁶⁴. Oportunamente voltaremos ao tema quando forem abordadas, especificamente, as cláusulas internacionais constitucionais, tema central deste relatório.

Como metodologia, analisaremos o período imediatamente anterior à independência, particularmente o da assinatura e vigência do Acordo de Alvor,

que pretendeu criar o quadro jurídico-político mínimo e indispensável até à assunção pelas novas autoridades nacionais do destino do seu território.

Com um texto constitucional mínimo a vigorar desde a proclamação até 1987, 12 anos depois (1975–1987), a referida Lei sofreu seis revisões — quatro feitas pelo comité central do MPLA (1976, 1977, 1978 e 1980) e duas pela Assembleia do Povo (1986 e 1987). Manteve-se nelas, e no essencial, o figurino constitucional originário, ou seja, a sua identidade partido-Estado, sistema de concentração de poderes, soviétismo, economia centralizada e meios de produção estatais.⁴⁶⁵ Em 1980 e no início de 1990, ocorreram três registos de novas revisões, que marcaram a viragem da história constitucional angolana:⁴⁶⁶ a reforma económica do Estado, ou passagem da economia centralizada para a economia de mercado, a transição do monopartidarismo para o multipartidarismo e a passagem da democracia socialista, popular ou soviétizada, para democracia pluralista de tipo ocidental.

Na há matéria de Direito Internacional ou Relações Internacionais significativa tanto no texto originário como nas sucessivas revisões havidas. O panorama muda ligeiramente com as revisões constitucionais de 1991/1992, nas quais se adoptaram algumas cláusulas internacionais, fruto da alteração do próprio texto cuja estrutura sofreu uma significativa alteração em relação a opções de fundo do constituinte, numa era marcada pelo fim da Guerra Fria, da qual foi vítima o território durante longas décadas.

Orientámo-nos para uma abordagem que atende à matéria jurídico-constitucional, ou seja, às relações jurídicas entre Estados, e não, segundo a doutrina anglo-saxónica, à ciência das relações políticas, como refere, e bem, Vera-Cruz Pinto.⁴⁶⁷

Orientar-nos-emos em dois vectores: um que atende exclusivamente às Relações Internacionais numa perspectiva jurídico-constitucional e um que, sendo internacional também, recai no Direito Internacional Público, a fim de se entender o diálogo projectado no texto entre a ordem jurídica interna angolana com aquele ramo do Direito.

⁴⁶³. Assinada em Viena, Áustria, em 24 de Abril de 1963. Aprovada em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 183/72, de 30 de Maio. Cfr., *Legislação — Textos de Direito Internacional Público*, AAFDL, Lisboa, 2010, pp. 241–267.

⁴⁶⁴. Assinada em Viena, em 18 de Abril de 1961. Aprovada em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 48.295, de 27 de Março de 1968. Cfr., *Legislação — Textos de Direito Internacional Público*, AAFDL, Lisboa, 2010, pp. 225–239.

⁴⁶⁵. FEIJÓ, Carlos, *et al.*, *Constituição da República de Angola: Enquadramento Histórico e Trabalhos Preparatórios*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2015, p. 23.

⁴⁶⁶. *Idem, ibidem*.

⁴⁶⁷. PINTO, Eduardo Vera-Cruz, *Apontamentos de História das Relações Internacionais*, AAFDL, Lisboa, 1998, p. 7.

No quadro constitucional actual — o que mais releva em relação ao período anterior —, veremos como e quando esse ramo do Direito começa a vigorar no Direito interno do Estado angolano, onde, para a sua validade, se coloca a Constituição como parâmetro e filtro. Direito Internacional convencional ou não e âmbito material dos direitos fundamentais são as mais destacadas questões a desenvolver.

Paralelamente, sem pretensão de elaborarmos uma teoria geral, dedicaremos uma particular atenção ao processo da conclusão de tratados internacionais no quadro constitucional e da legislação ordinária.

Não deixaremos, ainda na primeira vertente do tema, de perscrutar as Relações Internacionais num plano estritamente jurídico, a pensar nos acordos anteriores ao surgimento do Estado angolano, como sejam o Acordo de Alvor, de 1975, e os Acordos de Bicesse, de 1991, entre o MPLA e a UNITA, num contexto político mundial, marcado pelo fim da Guerra Fria e pela revisão constitucional extraordinária operada para acomodar a nova realidade jurídica e política.

Terminamos a outra vertente fazendo incidir o foco sobre o relacionamento do Direito interno com o Direito internacional e sobre a vigência deste no ordenamento jurídico-constitucional angolano. Apresentamos a visão analítica do âmbito material dos direitos fundamentais.

Terminaremos, como é óbvio, formulando as conclusões finais e a bibliografia consultada.

PRIMEIRA PARTE

I. O Nascimento do Estado Angolano

1. O território

Em 1875, J. J. Monteiro, ao concluir o seu livro *Angola and the River Congo*, fez o seguinte elogio acerca do território angolano: «Descrevi assim, o melhor que me foi possível, os costumes e as produções deste belo e maravilhoso país, e ficarei feliz se a sua leitura servir para levar outras pessoas a explorar mais profundamente

o terreno fértil que ele apresenta ao naturalista e geógrafo.»⁴⁶⁸

Os investigadores das ciências sociais que queiram compreender o ambiente do país terão de começar por estudar o seu belo e vasto território.

Situado na costa ocidental da África Austral, a sul do equador, o território estende-se entre os 5 e os 18 graus de latitude sul e entre os 12 e os 24 graus de longitude a leste de Greenwich.

Apresenta uma grande variedade de climas, vegetação e relevo. O clima e a topografia variam entre o quente e o húmido da orla costeira, a norte, e do planalto elevado no centro, e as terras semiáridas do Sudeste, passando pelo deserto, que se estende para sul ao longo da costa de Benguela para se fundir, muito além da fronteira, com o deserto da Namíbia.⁴⁶⁹ É uma das maiores unidades geográficas do continente africano, com uma superfície de 1 246 700 km².

2. Contexto

A revolução do 25 de Abril de 1974 em Portugal abriu as portas às colónias portuguesas, após cerca de década e meia de guerra entre o poder colonial e os movimentos de libertação nacional em Angola, Guiné-Bissau e Moçambique, e outras a decidirem livremente pelo seu destino colectivo.

Portugal, a primeira potência colonial no empreendimento dos Descobrimentos, nos séculos XV e XVI, foi o último a conceder a independência às suas colónias. Antes, a França, a Bélgica, a Espanha e a Inglaterra já o haviam feito em finais dos anos 50/60 do século passado.

Foi mais pela revolução abrilada que Angola aceitou à independência — como refere Margaret Anstee⁴⁷⁰ — do que pelo desejo de Portugal de efectuar a transferência, ainda que faseada, de poderes para o povo de Angola e para outras colónias.

Na vigência da Constituição de 1933, Portugal tinha territórios no Ultramar, mencionados no texto,

⁴⁶⁸. Apud, MONTEIRO, J.J., WHEELER, Douglas, e PÉLIS-SIER, René, *História de Angola*, Tinta-da-China, Lisboa, MMXI, p. 25.

⁴⁶⁹. ANSTEE, Margaret Joan, *Órfão da Guerra Fria — Radiografia do Colapso do Processo de Paz Angolano 1992/93*, Campo das Letras, Lisboa, 1997, p. 33.

⁴⁷⁰. ANSTEE, Margaret Joan, *op. cit.*, pp. 33-34.

entre os quais distinguia, de forma inequívoca, Angola e Cabinda.

Com a descolonização, os movimentos angolanos em conluio com o poder colonial recusaram ao povo de Cabinda o direito à autodeterminação, em violação do estabelecido no Tratado de Simulambuco, ao abrigo do qual foi Cabinda constituído em protectorado do Estado português em 1 de Fevereiro de 1885.

II. Angola na Encruzilhada da Guerra Fria

1. Génese da questão

Continua presente na memória da Humanidade o ambiente vivido nesse período, dito de Guerra Fria. Longe de frio, estavam ao rubro o recurso às armas nucleares e a bipolarização do mundo, que poderia explodir a qualquer momento com o início de mais uma guerra à escala global.

Guerra Fria, *quid?* Nas noções de polemologia, Pezarat Correia considera primordialmente Guerra Fria uma não-guerra, no sentido clássico e literal do conceito. Foi o fenómeno dominante nas relações geoestratégicas mundiais no período compreendido entre 1945 e 1991. Não deve, por isso, quanto ao fim, ser reduzida a um acontecimento localizado, mas sim identificado com um processo prolongado, decorrente do irreversível recuo geoestratégico da URSS, começado a desenhar-se no Afeganistão.⁴⁷¹

O fim da Guerra Fria vem associado a uma paz armada, representada pela queda do Muro de Berlim em 1989 — muro que dividia a cidade, o país e o continente europeu entre os dois blocos, Este e Oeste, liderados pelos americanos e pelos soviéticos.

Kissinger, estadista norte-americano, constata que, na Guerra Fria, a acção dos Estados Unidos se iniciou sob o signo da defesa dos países com a perspectiva americana de ordem mundial. Ao invés, à adversária União Soviética foi outorgado o papel de país extraviado da comunidade internacional — a que haveria de tornar um dia.⁴⁷²

Nessa atmosfera, o presidente dos EUA Ronald Reagan foi fundamental para o fim da dita guerra. Kissinger recorda as raras vezes em que a América consagrou um presidente tão adequado ao seu tempo e tão bem sintonizado com ele. Face a uma gerontocrática União Soviética debilitada, sem democracia nem desenvolvimento, e a uma América desejosa de cortar o período de desilusões, Reagan combinou as forças latentes: o idealismo, o voluntarismo, a criatividade e a vitalidade económica,⁴⁷³ que se revelaram cruciais para a implosão e o esboroamento da União Soviética.

Nem a condição de potência euroasiática⁴⁷⁴ lhe foi favorável, estendendo-se por dois continentes, mas, para seu desalento, nunca inteiramente confortável em qualquer deles.

Quanto ao que se passou em Angola, com o mundo dividido em regiões, os interesses das duas superpotências — os verdadeiros contendores — foram sempre acautelados através de alianças bem definidas no quadro das distensões no terreno.

Indiscutivelmente, Angola foi palco de uma das mais longas e sangrentas guerras fratricidas, com fortes implicações regionais, e com apoio logístico assegurado aos contendores por americanos e soviéticos.

2. O apoio do exterior

O apoio logístico à UNITA e à FNLA vinha dos Estados Unidos através da República do Zaire, e da China, enquanto o MPLA beneficiou de apoio diverso da União Soviética e de Cuba. Essas acções representaram, além de uma afronta, uma séria ameaça aos interesses estadunidenses e aliados ocidentais em África. Em causa estavam as imensas riquezas de muitos destes Estados, que aguçavam o apetite do exterior.

Em ambiente de tacticismo político, antecipando-se a John F. Kennedy, recém-eleito presidente dos Estados Unidos na década de 60 do século passado, Nikita Khrushchev deu instruções ao KGB⁴⁷⁵, para que se instalasse nos países do Terceiro Mundo

⁴⁷¹. CORREIA, Pedro Pezarat de, *Manual de Geopolítica e Geoestratégia — Análise Geoestratégica de um Mundo em Conflito*, vol. II Quarteto Editora, Coimbra, 2004, pp. 57-58.

⁴⁷². KISSINGER, Henry, *A Ordem Mundial — Reflexões sobre o Carácter das Nações e o Curso da História*, 2.^a

edição, José Mendonça da Cruz (trad.), D. Quixote, Alfragide, 2015, p. 321.

⁴⁷³. *Idem*, pp. 356-357.

⁴⁷⁴. *Idem*, p. 67.

⁴⁷⁵. Polícia política da União Soviética.

e analisasse a possibilidade de expandir a influência soviética especialmente nos países africanos colonizados,⁴⁷⁶ seus potenciais aliados. Os movimentos guerrilheiros cedo beneficiaram da sua logística, por os considerar combatentes de causa justa e sagrada.

Ante a irreversibilidade das independências dos territórios colonizados, os Americanos intentaram prestar aos guerrilheiros apoio alternativo ao de Moscovo. É nesse contexto que a Guerra Fria entre as duas superpotências tem o seu primeiro passo no conflito do então Congo Belga.

Não cessou em 1975 o apoio de que a guerrilha do MPLA e da UNITA beneficiava dos Soviéticos e dos Americanos, respectivamente. O reforço do apoio à UNITA proveio também da África do Sul, que rompeu a arquitectura social e económica do Estado emergente.

Agrilhada pela teia da Guerra Fria entre 1974 e 1985, Angola foi vítima de sistemáticos ataques do exército sul-africano, ocupando vastas áreas do território. O objectivo não era defender-se do comunismo, mas, com o apadrinhamento de Washington, a integração, parcial ou total, do espaço angolano — de importância geoestratégica e económica fundamental — ao espaço capitalista.

Dean Rusk, secretário de Estado americano, através do chefe de missão diplomática em Lisboa, expressando o desejo da Administração Kennedy, pressionou Salazar a aceitar a autodeterminação para a África, ameaçando inclusive que os americanos votariam contra Portugal nas Nações Unidas (NU), caso não cooperasse. Salazar recusa e sentencia: «Sem os brancos, a África voltaria rapidamente ao tribalismo», insinuando, inclusive, que os americanos estavam a fazer o «jogo dos soviéticos».

Essa visão está vertida na entrevista que concedeu a uma revista norte-americana.⁴⁷⁷ As ideias centrais incidiram sobre as atribuladas relações de Portugal com os EUA, devido à situação colonial em África, com a NATO e o seu inabalável posicionamento face à política internacional, que considerava contrária aos

interesses lusos, e à solução precoce da independência das colónias.⁴⁷⁸

Perante a insistência norte-americana, houve protestos em Portugal e em Angola. Não tardou o apoio americano à UPA.⁴⁷⁹ Salazar negou, categoricamente, beneficiar de qualquer apoio americano. Quanto a Angola e a Moçambique, e à forma como os Americanos os encaravam, o estadista português considerou a atitude americana como sendo encorajadora dos movimentos subversivos nos territórios ultramarinos.⁴⁸⁰

Prosseguindo a entrevista ao *U.S. News & World Report*, enfatizou a discordância de Portugal relativamente à posição americana. Quando questionado sobre o tempo julgado necessário até que Portugal desenvolvesse sociedades multirraciais, em Angola e em Moçambique, semelhantes à que surgiu no Brasil, respondeu: «[...] uma vez que a África se transformou em teatro de guerra fria e, em consequência disso, nos é imposta uma “guerra de libertação” do tipo daqueles que o presidente Kennedy referiu recentemente aos cadetes da *West Point*.»⁴⁸¹

Para Salazar, a pergunta seria saber se era possível desenvolverem-se, em Angola e Moçambique, sociedades multirraciais semelhantes à surgida no Brasil. E concluiu: «Se a resposta fosse negativa, não só Portugal perderia, mas também o Mundo Ocidental e sobretudo as populações, brancas e pretas, dos territórios que sofrerão uma perda incalculável, a perda das possibilidades de civilização em período de tempo previsível.» Resposta reveladora do mal-estar entre os dois Estados, ambos membros fundadores da NATO.⁴⁸² A obstinação de Salazar, como é óbvio, aprofundava a crise do seu regime, na Metrópole, nas colónias e no exterior.

⁴⁷⁶ PATRÍCIO, José, *Angola — EUA, Os Caminhos do Bom Senso*, Executive Center, Luanda, 1997, p. 45.

⁴⁷⁷ Cfr., *Boletim Geral do Ultramar*, Ano 38.º, Julho de 1962, n.º 445, pp. 3-19. Entrevista integral do Presidente do Conselho, Dr. Oliveira Salazar, à revista norte-americana *U.S. News & World Report* e publicada no seu número de 9 de Junho de 1962.

⁴⁷⁸ Perguntado se a Grã-Bretanha, a França e a Bélgica concederam a independência às suas colónias na África demasiado cedo, Oliveira Salazar, categórico, respondeu, que ela [independência] «veio antes de tempo». Vide *Boletim Geral do Ultramar*, Ano 38.º, n.º 445-450, Julho de 1962, p. 13.

⁴⁷⁹ União dos Povos de Angola, cujo líder histórico, durante décadas, foi Holden Roberto.

⁴⁸⁰ Cfr. *Boletim Geral do Ultramar*, pp. 6-9.

⁴⁸¹ Cfr. *Boletim Geral do Ultramar*, n.º 445-450, Julho de 1962, pp. 14-15.

⁴⁸² North Atlantic Treaty Organization, correspondente ao acrónimo português, OTAN, Organização do Tratado de Atlântico Norte.

Peremptório, Salazar afirmou que a América pretendia «fazer uma política mundial» e que «via com apreensão certos meios intelectuais atribuírem à sua Administração a missão de conduzir no mundo de hoje uma revolução de liberdade, de independência e prosperidade geral». Que «não haveria objecções a tal propósito, se para o conseguir, não procurasse definir doutrina a impor às suas concepções aos demais com interferências abusivas na vida dos Estados e no pensar de cada qual».⁴⁸³ Não sendo uma dissensão entre inimigos, não deixou, por isso, de ter eco nas colónias.

Da França, Salazar obteve apreciável apoio político da parte de De Gaulle, que também observou que, se os americanos pressionassem excessivamente Salazar, tal poderia propiciar o ambiente favorável ao golpe de Estado e, consequentemente, a emergência de um regime comunista na Península Ibérica. Premonição ou profecia que não tardou a concretizar-se em 1974.

Com a queda do regime e das suas instituições, emergiu a autoridade revolucionária, que fixou *deadlines* para implementar tarefas cruciais, visando assegurar uma transição pacífica e democrática. Ficou-se pelo desejo apenas. O Acordo de Alvor⁴⁸⁴, de Janeiro de 1975, estabeleceu a formação de um governo de coligação e transição e a proclamação da

República em 11 de Novembro de 1975, o que aconteceu em circunstâncias dramáticas. Não cessou em Janeiro de 1975 o apoio norte-americano. Este foi inclusive reforçado a favor da FNLA, da República do Zaire, da África do Sul e da UNITA. Por outra banda, era o MPLA que, de Cuba e da União Soviética, recebia material e treino militares, o que deixou antever um desfecho imprevisível.

A retirada abrupta dos portugueses do território agravou e precipitou a situação, a que acresce o ódio que os movimentos nutriam entre si. Não se ignora a posição estratégica de Angola — militar, política e económica —, que a transformava, segundo Margaret Anstee,⁴⁸⁵ num prémio valioso durante a Guerra Fria. Foi, de facto, o peão na luta entre as superpotências pelo domínio da África Austral.

Apesar do reconhecimento soviético dado pelo seu presidente, Khrushchev, o apoio prestado à rebelião contra Portugal não inibiu, nas Nações Unidas, os dois Estados de votarem a adopção da Resolução do Conselho de Segurança (CS) para a constituição de uma comissão para investigar o que se passava em Angola. Esta tarefa acirrou, tão-somente, a rivalidade e a competição por Angola, da parte das duas nações.

Contrariando o *slogan* da época, o Estado sem nação nasceu. Georges Burdeau, citado por Mário Pinto de Andrade, considera a nação uma ideia de representação que reporta à origem comum dos cidadãos em determinado território, como o étimo indica: *nascere*. Seria no século XIX que as diversas propostas para definir o conceito iriam reter os elementos de coesão que integravam os seus caracteres permanentes: princípios espirituais e expressões de identidade cultural — raça, língua e afinidade religiosa.⁴⁸⁶

O dogmatismo da definição apresentada muito se aproxima da dos clássicos manuais de Direito Constitucional, na qual destacamos a ideia da comunidade de pertença. Fica prejudicada, todavia, a noção de unidade nacional, uma vez que para se atingir tal desiderato, seria necessária uma certa remodelação das fronteiras herdadas da partilha colonial, segundo a pertinente observação de Pinto de Andrade,⁴⁸⁷ que faz todo o sentido.

⁴⁸³. *Idem*, pp. 18-19.

⁴⁸⁴. Assinado pelos três movimentos de libertação (FNLA, MPLA, UNITA) e pelo Estado português (Lei n.º 1/75, de 30 de Janeiro, in *Diário do Governo*, Suplemento, I Série, n.º 25. Mas a suspensão dos referidos Acordos (Decreto-Lei n.º 458-A/75, de 22 de Agosto, in *Diário do Governo*, Suplemento, I Série, n.º 193, de 22 de Agosto, não ficou a dever-se à uma pretensa ausência de facto das suas funções, dos membros do Colégio Presidencial e do Governo de Transição dos dois movimentos co-signatários, como sustentam Adérito Correia e Bornito de Sousa. O Governo tomou posse e esteve em funções, sendo outras, em nossa opinião, as causas que ditaram o seu afastamento. Aliás, a ausência dos membros do Governo de Transição era suprável, nos termos do artigo 3.º do supracitado Decreto-Lei, pelo alto-comissário, com a nomeação de um director-geral, que asseguraria, sob a sua [alto-comissário] orientação e coordenação, a gestão do respectivo departamento, despachando apenas os assuntos de expediente considerado de urgência. Cfr. Adérito Correia e Bornito de Sousa, *Angola — História Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 21. O texto integral do Acordo de Alvor está publicado no *Diário do Governo*, Suplemento, I Série, n.º 23, de 28 de Janeiro de 1975.

⁴⁸⁵. ANSTEE, Margaret, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁸⁶. ANDRADE, Mário Pinto de, *Origens do Nacionalismo Africano*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1997, pp. 13-14.

⁴⁸⁷. *Idem, ibidem*, pp. 16 e 17.

Ainda quanto ao apoio exterior aos movimentos angolanos, nunca existiram dúvidas quanto ao envolvimento directo da África do Sul nas operações militares em Angola, assim como o seu apoio à UNITA. Em Agosto de 1975, em Silva Porto, Jonas Savimbi, ao avistar-se com John Stockwell⁴⁸⁸, chefe da força de intervenção da CIA em Angola, informou-o de que a UNITA aceitaria a ajuda de norte-americanos, canadianos, franceses ou mesmo dos sul-africanos. Foi dado o mote.

No teatro das operações militares, além dos principais contendores, intervieram mercenários e as principais agências de informação — CIA, BOSS, SDECE —, colaborando e contribuindo entre si, decisivamente, para intensificar o conflito armado em prol dos interesses do Ocidente.

3. A diplomacia pela paz e a intervenção do CS⁴⁸⁹

Para a tão ansiada paz em Angola e na África Austral, o CS das NU adoptou a Resolução 435/78, que se revelou determinante. A sua implementação possibilitou à Namíbia ascender à independência e a retirada dos contingentes cubano e sul-africano de Angola⁴⁹⁰ e da Namíbia.

Angola socorreu-se do artigo 51.º da Carta das Nações Unidas para justificar a presença cubana no território, a fim de garantir a cooperação com a tropa angolana, a integridade territorial e a soberania face à invasão e à ocupação de parte do seu território.

Na busca pela paz, em 1 de Julho de 1988, numa cimeira realizada em Moscovo entre os presidentes Reagan e Gorbachov, foi proclamado o princípio da «interacção construtiva» entre as duas superpotências, com vista à promoção de soluções políticas nos conflitos regionais. Os Soviéticos insistiam no fim do apoio à UNITA, rejeitado pelos Americanos, impondo como condição prévia a retirada das tropas cubanas e

sul-africanas da Namíbia. Funcionou como pressão e «perfeita moeda de troca». ⁴⁹¹

A retirada cubana não foi o único *linkage* para a independência da Namíbia. Surgiu um segundo, apresentado pelos Americanos, relacionado com a realização de eleições livres em Angola, e o *dossier* do apoio à UNITA foi considerado como uma questão bilateral entre os EUA e Angola.

Nessa persistente luta entre Americanos e Soviéticos, foram, em 22 de Dezembro de 1988, assinados em Nova Iorque, os Acordos Quadripartidos⁴⁹², abrindo caminho à implementação da Resolução 435/78 do CS sobre a independência da Namíbia, facto que se revelou essencial para a normalização das relações entre Angola e os Estados Unidos.⁴⁹³

4. Os Acordos de Bicesse

Interna e externamente, multiplicaram-se as diligências para uma paz efectiva em Angola e para a conseqüente retirada, do seu solo e do da Namíbia, das forças militares. Portugal, profundo conhecedor da realidade angolana, desenvolveu intensa diplomacia, levando os beligerantes às negociações. Concluído com êxito o *dossier* negocial, foram assinados em 31 de Maio de 1991 os Acordos de Bicesse. Aos esforços diplomáticos iniciais de Portugal, juntaram-se os dos EUA e da URSS, constituindo a *Troika* de países observadores do processo de paz em Angola.⁴⁹⁴

Nunca houve divergências assinaláveis na política externa americana entre democratas e republicanos. Crocker, substituído por Cohen na nova Administração, durante a audição no Comité das Relações Exteriores do Senado para a sua confirmação para o cargo de Subsecretário de Estado Norte-americano para os Assuntos Africanos, afirmou, peremptório: «Não haverá mudanças na política dos EUA quanto ao apoio à UNITA e na recusa do reconhecimento do Governo do MPLA até que ambas as partes alcancem um acordo político.»⁴⁹⁵

⁴⁸⁸. PATRÍCIO, José, *op. cit.*, p. 51.

⁴⁸⁹. Conselho de Segurança das Nações Unidas.

⁴⁹⁰. Os governos de Angola e de Cuba reiteraram, em declarações assinadas pelos respectivos ministros das Relações Exteriores, em 4 de Fevereiro de 1982 e 19 de Março de 1984, a sua determinação na retirada das tropas cubanas do território angolano logo que tivesse início da implementação da Resolução 435/78 sobre a independência da Namíbia. Por todos, Cfr. José Patrício, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁹¹. PATRÍCIO, José, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁹². Assinados entre os Estados Unidos, a África do Sul, Angola e Cuba.

⁴⁹³. PATRÍCIO, José, *op. cit.*, 153.

⁴⁹⁴. *Idem*, p. 154.

⁴⁹⁵. *Idem*, p. 41.

O reconhecimento do Governo de Angola e o estabelecimento de relações diplomáticas só viriam a ocorrer em 19 de Maio de 1993⁴⁹⁶ e em 21 de Junho de 1993, respectivamente, graças ao pragmatismo da Administração Clinton e à subscrição, em 16 de Maio de 1993, por Henry Kissinger, e por alguns ex-governantes de todo o mundo, do chamado «Apelo de Xangai», reconhecendo-se que Angola fora uma das nações mais severamente afectadas pelo confronto Leste/Oeste.⁴⁹⁷

Há o notável papel desempenhado por Nelson Mandela, Prémio Nobel da Paz e ícone da luta pela igualdade racial na África do Sul e pela independência política e económica de África. O arcebispo anglicano Desmond Tutu⁴⁹⁸ foi também um desses activistas, coincidentemente, recebido pelo presidente Bill Clinton numa audiência que precedeu o anúncio, nos jardins da Casa Branca, do reconhecimento do Governo de Angola pela sua Administração.

Finda a Guerra Fria, e com o nascimento de uma nova Ordem Internacional — da qual pouco ou nada se sabia senão o fim da antiga, de acordo com Adriano Moreira⁴⁹⁹ —, a defesa dos Direitos Humanos passou a constituir uma das fortes vertentes da política externa norte-americana. Nem UNITA nem Governo estavam em condições de se considerarem inocentes no tocante à sua promoção e protecção.

III. Ambiente Político Anterior à Independência

1. A situação de Angola

Neste parágrafo buscaremos matéria do período que, imediata e cronologicamente, precedeu a independência de Angola.

⁴⁹⁶. *Idem*, pp. 163-168.

⁴⁹⁷. *Idem*, p. 163.

⁴⁹⁸. Arcebispo sul-africano da Igreja Anglicana, Prémio Nobel da Paz e destacado dirigente da luta contra o *apartheid* na África do Sul. Nessa altura, o prelado desempenhava, igualmente, as funções de presidente da Conferência de todas as Igrejas Africanas.

⁴⁹⁹. *Apud*, MOREIRA, Adriano, e PATRÍCIO, José, *Angola — EUA, Os Caminhos do Bom Senso*, Executive Center, Luanda, 1997, p. 64.

Em 1971, fez-se a última revisão da Constituição de 1933. Esta revisão consagrou Portugal como Estado unitário e regional. Com ela, as províncias ultramarinas passaram a designar-se Regiões Autónomas, com a outorga do título honorífico de Estado. Essa designação não trouxe qualquer alteração ao seu real estatuto.

Portugal continuava a não acreditar nem a aceitar a independência dos territórios colonizados. O poder político ignorou a experiência das restantes potências coloniais europeias, que viabilizaram uma transição serena, excepção feita ao acrimonioso processo argelino.

Salazar, arreigado nas suas convicções relativamente à manutenção do Império, acreditou que eram os terroristas, a opinião pública, as organizações internacionais e certos países que estavam do lado errado da História, e estava convicto de que outros havia que alimentavam apenas um açodado interesse pelos seus territórios.

Num beco sem saída, até as Igrejas se opuseram e condenaram o regime colonial. Em solidariedade pela dignidade dos Africanos e pela compreensão da causa da sua luta de libertação nacional, o Papa Paulo VI recebeu em audiência, no Vaticano, em 1 de Julho de 1970, Amílcar Cabral, Agostinho Neto e Marcelino dos Santos, no termo da Conferência Internacional de Solidariedade com os Povos das Colónias Portuguesas, realizada em Roma. A situação, para Portugal, adivinhava-se cada vez mais difícil.

Na outra margem do Atlântico, na década de 70, a Igreja Presbiteriana Unida Americana e outros grupos dissidentes debitaram duras críticas contra a petrolífera norte-americana Gulf Oil Corporation, sediada no Massachussets, pelo apoio financeiro dado ao governo português.⁵⁰⁰

Face a essa situação, para a qual pouco interessado estava o regime em encontrar alternativa, não tardou a sua implosão e a consequente deposição do governo através do golpe de Estado e do consequente fim do regime.

Com uma turbulência institucional, foi inaugurada a nova Era do pós-guerra, com um tortuoso processo de descolonização que permitiu às colónias a ascensão à independência nacional.

⁵⁰⁰. PACHECO, Carlos, *Angola — Um Gigante com Pés de Barro, e Outras Reflexões sobre a África e o Mundo*, Vega Editora, 4.ª edição, 2010, pp. 146-147.

2. O 25 de Abril de 1974 e período subsequente

2.1. O poder político

O corrosivo ambiente político vivido no império antes da Revolução de Abril em Portugal tornava por demais evidente que se continuaria a falar de momentos airosos. Estruturalmente, o regime estava condenado a soçobrar. Era iminente a sua queda.

Depostos o PR, o presidente do Conselho e o Governo, foi aprovada, de imediato, a Lei n.º 1/74, de 25 de Abril. Em funções entrou a JSN.⁵⁰¹ Foram, através do Decreto-Lei n.º 169/74, de 25 de Abril, exonerados das suas funções os governadores-gerais de Angola e Moçambique, substituídos no exercício de tais cargos pelos secretários-gerais. Tudo se fez em cumprimento das exigências programáticas do MFA⁵⁰², sendo iniciada nessa altura a transição política, terminada com a proclamação da independência.

Pela Lei n.º 3/74, de 14 de Maio, a JSN definiu os órgãos que exerceriam as funções correspondentes à Assembleia Constituinte, ao Presidente da República, ao Conselho de Estado, ao Governo Provisório e ao poder judicial até à aprovação da nova Constituição da República. Foi uma lei tornada extensiva às chamadas Províncias Ultramarinas pela portaria n.º 339/74, de 14 de Maio, e do n.º 3 da Base LXXVI da Lei n.º 5/72, de 23 de Junho.

Reaparece a figura de governador-geral com a Lei n.º 3/74, com a categoria equiparada à de ministro.⁵⁰³ É o que fica estabelecido na Portaria n.º 337/74, de 24 de Maio, extensiva ao Ultramar, e por força do Decreto-Lei n.º 223/74, de 15 de Maio.

Crucial foi esse período, funcionando como tirocínio dos políticos, pois a actuação dos sucessivos governos provisórios melhorou substancialmente com a integração neles de figuras com peso político.

Foi, ao fim e ao cabo, o advento do clima propiciador do Acordo de Alvor datado de 1975.

3. O Acordo de Alvor⁵⁰⁴ e a transição do poder

Alvor foi a concretização de um sonho de paz e de prosperidade acalentado pelos povos Angolano e Português. Terminou a guerra que o poder político do Estado Novo pretendeu eternizar. Foi coroada, finalmente, a longa e dura resiliência dos povos africanos.

Teve lugar a cimeira, de 10 a 15 de Janeiro de 1975, entre o Governo português e os três movimentos de libertação: FNLA, MPLA e UNITA.⁵⁰⁵ Foi o desenlace do longo período colonial e a tentativa de normalização de relações amistosas entre Portugal e Angola. O Acordo foi abrangente sobre várias matérias e fixou o calendário do acesso de Angola à independência. Não foi assim tão extenso o seu articulado. Elegeram, incompreensivelmente, como únicos e legítimos representantes do Povo Angolano, os três movimentos de libertação, que mal se entendiam.

Portugal falhou clamorosamente ao aceitar esta proposta. Nenhum movimento em separado, ou os três em conjunto, podia arrogar-se o direito de representação do Povo Angolano,⁵⁰⁶ além de que estava o Acordo de Alvor condenado ao fracasso, irreversível, de um contrato cujas cláusulas ninguém podia cumprir, nem os próprios movimentos de libertação nem o Governo português.⁵⁰⁷

Em sintonia perfeita, Governo português/MFA e MPLA⁵⁰⁸ tudo fizeram para que o poder fosse transferido para esse movimento, que com eles se identificava política e ideologicamente e que lhes estava próximo.

^{504.} O texto integral do Acordo de Alvor foi publicado no *Diário do Governo*, Suplemento, I Série, n.º 23, Janeiro/Junho, de 28 de Janeiro de 1975.

^{505.} «Cada um dos movimentos totalmente separados, ideológica e politicamente, nos seus termos [...] encarava o Acordo de Alvor como uma base para a conquista do poder.» *Apud*, Melo Antunes e Silva Cardoso, *Angola — Anatomia de uma Tragédia*, 7.ª edição, Alfragide, 2009, p. 620.

^{506.} CRUZ, Pompílio da, *Angola — Os Vivos e os Mortos*, Editorial Intervenção, Lisboa, 1976, pp. 226–232.

^{507.} *Idem, ibidem*.

^{508.} «[...] O dr. Neto não tem o apoio da população de Angola, porque não somos comunistas. E se a guerra se desenrolar, ela se deverá, tão-somente, à irresponsabilidade das Forças Armadas portuguesas e à cegueira política do Governo de Lisboa...», advertia, assim, Pompílio da Cruz. *Cfr. Angola — Os Vivos...*, p. 225.

^{501.} Junta de Salvação Nacional.

^{502.} Movimento das Forças Armadas.

^{503.} FEIJÓ, Carlos, *et al.*, *Constituição da República de Angola — Enquadramento Histórico e Trabalhos Preparatórios*, vol. I., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 15 ss.

Assumido o poder pelo MPLA, este «partidarizou o Estado», tornando-se maioritário, ou «Estado do partido governamental», traduzido, posteriormente, numa sovietação da democracia, que encontrou aí a sua expressão triunfante, como refere Paulo Otero.⁵⁰⁹ *Confiscado* o Estado pelo partido, aquele torna-se um verdadeiro instrumento ao serviço deste.

A falta de legitimidade das novas autoridades foi causa dos dramáticos problemas vividos posteriormente no território. O Acordo em si foi um nado-morto,⁵¹⁰ pois a única cláusula que os signatários procuraram preservar e cumprir à risca foi a de Cabinda como parte integrante e inalienável de Angola, nos termos do artigo 3.º.

Quanto à justiça da pretensão de Cabinda, contrariando o açodado interesse dos guerrilheiros angolanos, o então PR português, Costa Gomes, do MFA no período de transição, entendeu e bem que aquela que foi rotulada de «questão incómoda» (leia-se solução para Cabinda) e, de forma peremptória e enfática, disse: «Do ponto de vista étnico e jurídico, Cabinda está separada de Angola, logo a ideia de independência ou autonomia é justa.»⁵¹¹

Direito e Democracia foram suplantados pelo interesse virado apenas para os seus vastos recursos naturais. Cabinda não foi incorporado em Angola pelo Tratado de Simulambuco de 1 de Fevereiro de 1885, como erroneamente sustentou Anstee. Quanto aos muito glosados vastíssimos recursos petrolíferos, estima-se que as suas reservas se situem-se em cerca de

três mil milhões de barris,⁵¹² sendo desproporcionada, portanto, a sua importância, quando comparada com o seu tamanho.

Determinada a data de 11 de Novembro de 1975 para a proclamação da independência pelo Presidente da República Portuguesa, ou representante seu expressamente designado, nada disso aconteceu. Foi o supremo embuste para Angola o Acordo de Alvor, como concluiu Pompílio da Cruz.⁵¹³

Tinha sido indigitado, em 1975, Silva Cardoso⁵¹⁴ para o cargo de alto-comissário para Angola. Face à inquietude que a situação suscitava, questionou se alguém, alguma vez, acreditou ser possível a realização das eleições em Angola no período que mediava entre 31 de Janeiro, data da tomada de posse do Governo de Transição, e 11 de Novembro, data prevista para a proclamação da independência.

Citando ainda Silva Cardoso, disse este que Rosa Coutinho tinha feito, em nome de Portugal, a escolha que estava exclusivamente reservada, por via do sufrágio universal, aos Angolanos. A transferência progressiva dos poderes do Estado português até ao termo do período de transição não funcionou.

Afinal, o que impediu o Governo português de agir, dispondo, nos termos do Acordo, de um leque de competências e assegurando o cumprimento do Acordo e dos que seriam celebrados entre os movimentos?

Nos termos do Decreto-Lei n.º 458-A/75, de 22 de Agosto, competia ao alto-comissário dirigir, coordenar e orientar a acção executiva dos ministérios e superintender toda a Administração Pública, elaborar decretos-leis, decretos, regulamentos e instruções para uma boa execução das leis.

Curioso é considerarem, no âmbito do Acordo, actos patrióticos as acções de guerrilha protagonizadas pelos terroristas da época, *expressis verbis* no art.º 9.º!

⁵⁰⁹. OTERO, Paulo, *A Democracia Totalitária — Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária*, Princípa Editora, Cascais, reimpr., 2015, pp. 208-218.

⁵¹⁰. No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 458-A/75, de 22 de Agosto, lê-se: «[...] a situação presente em Angola é, no entanto, de molde a causar as maiores apreensões. Na verdade no referido Acordo tem sido, desde a sua celebração, objecto de frequentes violações por parte dos movimentos de libertação, numa manifestação da sua incapacidade de superarem divergências em prol do interesse nacional angolano.» Após vários considerandos, nos termos e ao abrigo do disposto no art.º 1.º do supracitado Decreto, foi transitoriamente (de forma definitiva) suspensa a vigência do Acordo de Alvor, concluído em 15 de Janeiro de 1975, entre o Estado português, a FNLA, o MPLA e a UNITA. Vide *Diário do Governo*, Suplemento, I Série, n.º 193, de 22 de Agosto de 1975.

⁵¹¹. MARQUES, Alexandra, *Segredos da Descolonização de Angola*, D. Quixote, Alfragide, 2013, pp. 91-96.

⁵¹². ANSTEE, Margaret Joan, *Órfão da Guerra Fria — Radiografia do Colapso do Processo de Paz Angola-1992/1993*, Campo das Letras, Porto, 1997, p. 34. A senhora Anstee foi representante especial do Secretário-Geral das Nações Unidas para Angola e chefe da UNAVEM II (*United Nations Angola Verification Mission*) Missão de Verificação do Processo de Paz em Angola, entre 1992 e 1993, após a assinatura dos Acordos de Bicesse assinados em 31 de Maio de 1991.

⁵¹³. CRUZ, Pompílio, *Angola — Os Vivos...*, p. 227.

⁵¹⁴. CARDOSO, Silva, *Angola — Anatomia...*, p. 583.

Não houve eleição da Assembleia Constituinte.⁵¹⁵ Uma vez mais, só teríamos candidatos propostos pelos movimentos de libertação, à luz do art.º 41.º do Acordo. Um mal menor, porventura. Seria a Assembleia Constituinte soberana, em procedimento constituinte democrático directo, segundo Afonso Vaz.⁵¹⁶ É que a situação começou mal, como insinua o sugestivo título de René Dumont, *L'Afrique Noire est Mal Partie*.⁵¹⁷

Fernando Tavares Pimenta,⁵¹⁸ acerca da exclusividade da legitimidade política reconhecida aos movimentos de libertação, questiona onde situar o fio separador entre libertação e usurpação. Assegurado o direito à autodeterminação e à independência de Angola, o exercício do direito de participar livremente na vida política só deveria caber ao Povo, escolhendo na plenitude o tipo de sociedade que desejasse e os seus mandatários.

Costa Gomes, antigo Presidente da República, em oposição ao general Spínola quanto ao desfecho do processo da descolonização e transição política em Angola, teve uma ciclópica contenda com seus camaradas, no sentido de ser reconhecida legitimidade política exclusiva aos movimentos que tinham feito a guerra contra os Portugueses, a qual não seria compartilhada por quaisquer movimentos políticos nas colónias!⁵¹⁹ Colossal erro histórico. Nem já essa oligarquia de *maquisards* funcionou.

Jardo Muekalia retratou a actuação portuguesa, no seu derradeiro momento em Angola, nestes termos: «[...] Leonel Cardoso, último alto-comissário português, tinha acabado em 11 de Novembro, em Luanda, de arriar a bandeira portuguesa pela última vez, proferiu um discurso anunciando a entrega do poder ao povo angolano [MPLA], fortemente dividi-

do e dilacerado por uma guerra civil, embarcou com a última equipa do poder colonial e bateu a porta a quinhentos anos de colonização.»⁵²⁰

No mesmo sentido, Pompílio da Cruz: «No dia 10, à tarde, o alto-comissário Leonel Cardoso mandou arriar a bandeira nacional, meteu-a debaixo do braço e embarcou numa fragata.»⁵²¹ Foi uma descolonização a todo o vapor, como diz João Paulo Guerra,⁵²² um parto com dor que terá deixado cicatrizes e uma tragédia, por muitos, comparável a Alcácer Quibir.⁵²³

Angolanos e Portugueses experimentaram um breve período de euforia, convencidos de que o alto-comissário permaneceria dotado de plenos poderes em Angola até à independência. Portugal teve, efectivamente, poderes suficientes que poderiam levá-lo a impor inclusive o cumprimento do Acordo, se necessário, com recurso ao seu exército.⁵²⁴

Para um território saído da guerra, sem quadros nem preparação suficiente, realizar eleições em nove meses a partir 31 de Janeiro de 1975, data da tomada de posse do Governo de transição, como estabelecido no Acordo, pareceu um exercício arriscado.

Falharam o Direito e a Justiça. A Política não conseguiu caminhar sozinha e declarou-se falida no processo que tanta esperança acalentou para Angolanos e Portugueses.

Não se aceita, por isso, que o poder tenha emanado do Povo e que em seu nome e com ele tenha exercido.⁵²⁵

Sem representatividade nem legitimidade democrática, os dirigentes escolheram personalidades que lhes estavam, na ideologia e no carácter, bastante próximas e redigiram a primeira Lei Constitucional.

O texto constitucional de um único partido minoritário, numérica e sociologicamente no plano nacional, assim como as instituições emergentes dessa atmosfera acrimoniosa criaram os condimentos para

⁵¹⁵ Sobre a noção de Assembleia Constituinte, segundo Locke, cfr., por todos, Miguel Nogueira de Brito, *A Constituição Constituinte — Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 20 e 84.

⁵¹⁶ VAZ, Manuel Afonso, *Teoria da Constituição: O que é a Constituição, Hoje?*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 84–86.

⁵¹⁷ DUMONT, René, *L'Afrique Noire est Mal Partie*, Éditions du Seuil, 1962.

⁵¹⁸ PIMENTA, Fernando Tavares, et al., *Autoritarismos, Totalitarismos e Respostas Democráticas*, Carlos Cordeiro (coord.), Coimbra/Ponta Delgada, 2011, p. 497.

⁵¹⁹ *Idem*, p. 490.

⁵²⁰ MUEKALIA, Jardo, *op. cit.*, p. 39.

⁵²¹ CRUZ, Pompílio da, *Angola — Os Vivos...*, p. 230.

⁵²² GUERRA, João Paulo, *Descolonização Portuguesa — O Regresso das Caravelas*, 1.ª edição, Oficina do Livro, Alfragide, 2009, p. 18.

⁵²³ *Idem*, p. 123.

⁵²⁴ WHEELER, Douglas, e PÉLISSIER, René, *História de Angola, Tinta-da-China*, Lisboa, MMXI, pp. 359 ss.

⁵²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Direito da Participação Política, Legislativa, Administrativa e Judicial — Fundamentos e Técnicas Constitucionais da Democracia*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1992, p. XVII.

o insucesso da governação e do desenvolvimento nas décadas de conflitualidade que se seguiram e da paz social jamais alcançada, apesar do calar definitivo das armas em Fevereiro de 2002, com a morte do líder rebelde, Jonas Savimbi.

Os erros históricos pagam-se caro, e os Angolanos continuam nessa situação infeliz.

SEGUNDA PARTE

I. A Lei Constitucional e 11 de Novembro de 1975

1. As cláusulas internacionais na Constituição

Face às numerosas dificuldades experimentadas pelos actores políticos em Angola em Janeiro de 1975, marcadas com a assinatura do Acordo de Alvor e com a tomada de posse do Governo de transição, nada mais funcionou até ao final do ano. O ambiente nesse período foi marcado por uma total instabilidade no país.

Não realizadas as eleições para a Constituinte⁵²⁶ tal como definido pelo Acordo, aproximava-se o 11 de Novembro, data fixada para a proclamação da independência. O ideal seria o adiamento. Díficeis foram o contexto histórico e a arquitectura geopolítica internacional em que decorreu a proclamação, como assinala Jónatas Machado.⁵²⁷

Controlada a capital do território pelo MPLA, foi nessa circunstância que proclamou a independência, precedida da aprovação, por unanimidade e aclamação, pelo comité central da Constituição, entrado em vigor às zero horas do dia 11 de Novembro e empossado

o Presidente da República no dia seguinte.⁵²⁸ As estruturas do Estado surgiram posteriormente e o poder constituinte foi exercido pelo comité central do partido.⁵²⁹ A conclusão a tirar é que a promulgação, da exclusiva competência do chefe de Estado,⁵³⁰ segundo regras constitucionais, fora praticada em momento anterior pelo presidente de um movimento guerrilheiro!

No mesmo diapasão, veja-se Adão de Almeida.⁵³¹ Para este autor, sendo possível uma separação temporal, deve aceitar-se que, cronologicamente, o presidente do MPLA antecede o Presidente da República, uma espécie de *união pessoal* em que uma mesma pessoa é simultaneamente titular de órgãos do partido único e dos órgãos do Estado. Um regime político de partido-Estado, em que as estruturas partidárias se confundiam com as estaduais, ou vice-versa.^{532/533}

Duas opções estratégicas de fundo foram feitas: a consagração de um sistema económico que privilegiou a apropriação colectiva dos principais meios de

⁵²⁸. O presidente do MPLA, não eleito, foi formalmente investido no cargo de Presidente da República pelo seu correligionário Lúcio Lara, em nome do Comité Central do partido. Cfr., AAVV, *História do MPLA (1967-1976)*, vol. II, 1.ª edição, CIDIH do MPLA, Luanda, 2008, p. 239. O controlo da situação política por um movimento guerrilheiro, a que posteriormente se seguiu a constituição do governo e das demais estruturas do Estado, extrai-se do raciocínio *a contrario sensu*, da obra *História do MPLA*, p. 236.

⁵²⁹. FEIJÓ, Carlos, *Constituição...*, p. 18.

⁵³⁰. MARTINS, Afonso d'Oliveira, *Promulgação*, DJAP, vol. VI, Lisboa 1994, p. 540. O Autor define a promulgação como acto exclusivo da competência do Presidente da República, que é expressão de um controlo inerente à função de chefia de Estado e se encontra sujeito a referenda do governo, do qual faz depender a existência jurídica formal, com o valor correspondente das leis constitucionais, das leis, dos decretos-leis e dos decretos regulamentares e mediante o qual se reconhece autenticidade, definitividade e capacidade executória a tais diplomas.

⁵³¹. ALMEIDA, Adão de, *Autorizações Legislativas e Controlo Parlamentar do Decreto-Lei Autorizado — O Caso Angolano*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 69.

⁵³². FEIJÓ, Carlos, *et al.*, *Constituição...*, p. 17.

⁵³³. OTERO, Paulo, *A Democracia Totalitária — Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária: A Influência do Totalitarismo na Democracia do século XXI*, Princípa Editora, Cascais, reimpr., 2015, p. 117.

⁵²⁶. Não realizadas as eleições para a Constituinte, questionou-se a legitimidade dos órgãos e do poder constituído emergidos na época. Não resultou o poder constituinte da adopção de um procedimento inclusivo e participativo. Foram atendidos meros interesses conjunturais, sem o mínimo de imparcialidade no pensamento e na acção, sem visão de longo prazo que colocasse acima de tudo os supremos interesses da colectividade. Nesse sentido, para mais detalhes, cfr., Jónatas Machado *et al.*, *Direito Constitucional Angolano*, pp. 35-37.

⁵²⁷. MACHADO, Jónatas, *et al.*, *Direito Constitucional...*, p. 37.

produção e o princípio assente no sistema de partido único com concentração de poderes.⁵³⁴

É situação comparável à descrita por Castanheira Neves,⁵³⁵ por se tratar de um direito que estava a ser atingido e suplantado pela dinâmica da condição revolucionária que se vivia, caracterizada de «anti-direito», situação de deliberado e consciente atentado a valores irrenunciáveis do Direito.

2. O Direito Internacional na LC

Que preceitos de Direito Internacional consagrou o constituinte no texto referenciado?

Mais do que normas com conteúdo material de Direito Internacional e Relações Internacionais, o constituinte quedou-se em proclamações contidas em Carta da Organização das NU e da Carta da OUA. Ficaram consignados e reafirmados o respeito e a aplicação de meros princípios, como o do estabelecimento de relações de amizade e cooperação com todos os Estados, bem como a não adesão a qualquer organização militar internacional.

Igualdade dos Estados? As teorias gerais do Direito alertam para o facto de a igualdade de direitos não significar direitos iguais.⁵³⁶ Nas Relações Internacionais, a igualdade é apenas formal. Teve razão George Orwell, escritor inglês, na interessante conclusão do seu satírico romance *O Triunfo dos Porcos*:⁵³⁷ «Todos os animais são iguais, mas há uns mais iguais do que os outros.»

É de igualdade jurídico-formal, ou de igualdade perante a lei, que se fala e não de igualdade real ou jurídico-material nas relações internacionais. Como concluem Jorge Miranda e Rui Medeiros,⁵³⁸ a igualdade

perante a lei não é igualdade exterior à lei. É, antes de tudo, igualdade na lei, e tem por destinatários, desde logo, os próprios órgãos da criação do Direito.

O respeito pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas⁵³⁹ e na Carta da Organização da Unidade Africana,⁵⁴⁰ por Angola, merecem algum reparo, pois a soberania dos Estados vizinhos foi violada. Exemplo pungente foi a destituição através de golpe de Estado de Pascal Lissouba,⁵⁴¹ democraticamente eleito, e do seu governo na República do Congo-Brazaville, com a conivência da França, do Gabão, do Chade, do Senegal e da Líbia.

Como observa Henry Kissinger, a posição de defesa do sistema vestefaliano assenta em premissas de equilíbrio de poder e de não interferência nos assuntos internos de outros Estados, apodadas de imorais e antiquadas.⁵⁴² O poder de declarar a guerra nos termos constitucionais e a solicitação e concessão de empréstimos carecem de autorização prévia da Assembleia Nacional ao Presidente da República. Nem sempre assim acontece. Declarar a guerra e fazer a paz, ouvida a AN, produz efeitos na ordem internacional, mediante a verificação de alguns pressupostos:

- a) Objectivo, que é o da agressão efectiva ou iminente e não de simples ameaças;
- b) Condução da política externa pelo PR, na ausência do Governo, enquanto órgão de soberania, à luz do artigo 105.º da CRA, agindo por vezes como *parti-pris*;

⁵³⁴. *Idem*, p. 66.

⁵³⁵. NEVES, Alfredo Castanheira, «A Revolução e o Direito — A Situação de Crise e o Sentido do Direito no Actual Processo Revolucionário», separata da *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, Lisboa, 1976, p. 11.

⁵³⁶. HOMEM, António Pedro Barbas, *História das Relações Internacionais — O Direito das Concepções Políticas da Idade Moderna*, 4.ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 90-93.

⁵³⁷. Romance satírico do escritor inglês George Orwell publicado em 17 de Agosto de 1945, apontado pela revista americana *Time* como estando entre as cem melhores obras de língua inglesa.

⁵³⁸. MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 124.

⁵³⁹. A Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco em 26 de Junho de 1945, no final da Conferência das Nações Unidas sobre a Organização Internacional, entrou em vigor em 24 de Outubro de 1945, já com numerosas emendas aos preceitos da versão originária. Vide, *Legislação: Textos de Direito Internacional Público*, AAFDL, Lisboa, 2010, p. 169.

⁵⁴⁰. A OUA foi fundada em Adis-Abeba em 25 de Maio de 1963.

⁵⁴¹. Político radical de feição marxista, voltou ao poder em 1992, por sufrágio, assumindo o cargo de Presidente da República, sendo destituído em 1998 através de um golpe de Estado. Fora antes primeiro-ministro. Cfr., PACHECO, Carlos, *Agostinho Neto: O Perfil de um Ditador — A História do MPLA em Carne Viva*, vol. I, 1.ª edição, Vega Editora, Lisboa, 2016, pp. 242-243.

⁵⁴². KISSINGER, Henry, *A Ordem Mundial — Reflexões sobre o Carácter das Nações e o Curso da História*, 2.ª edição, José Mendonça da Cruz (trad.), D. Quixote, Alfragide, 2015, p. 18.

- c) Autorização da Assembleia Nacional, condição essencial para a prática de tais actos.

No plano interno, os *poderes decisivos* deveriam situar-se na Assembleia e no Governo.

Declaração de guerra e feitura da paz, segundo Gonçalves Pereira,⁵⁴³ não são actos vinculativos do Presidente. A proposta do Governo e a autorização do Parlamento não são apenas pressupostos de exercício desses poderes pelo Presidente. Assiste-lhe o poder de controlo quanto ao mérito, devendo recusar-se a assinar, se o acto de guerra for contra as normas constitucionais, *v.g.* guerra de agressão e não guerra de legítima defesa. Pouco se sabe, na prática, sobre a forma que devem revestir os actos de declaração ou de feitura de paz.

A AN tem-se coibido de fiscalizar os actos do PR, sob pretexto do sistema de governo presidencialista. À luz da Lei n.º 4/11, de 14 de Janeiro, do n.º 5 do artigo 15.º, LPFDL, ao PR é concedida a faculdade de decidir sobre a conveniência da publicação dos textos dos tratados sobre empréstimos e similares, mesmo ouvido o Conselho de Ministros, órgão auxiliar seu. A não publicação deveria funcionar como excepção à regra e não o contrário.

Com a entrada em vigor da LC de 11 de Novembro de 1975,⁵⁴⁴ foi salvaguardada, sob condição, a legislação colonial. Apesar de cariz infraconstitucional, foi ressalvada a aplicação de alguma legislação herdada do colonialismo até à sua revogação, desde que não colidisse com a Constituição. Estabelecia-o o artigo 58.º. O perigo residia na discricionariedade do poder público em qualificar determinadas normas como sendo atentatórias do espírito da revolução, ele mesmo difícil de conceituar de forma absoluta.⁵⁴⁵

É matéria habitualmente inserida nas disposições finais e transitórias das constituições, não na de leis ordinárias. Permaneceram dotadas de força constitucional apenas por virtude de expressos preceitos da Constituição.

3. A LC de 1975 e suas revisões

Pouco expressivo e sem densificação das normas, donde o seu carácter lacunar. Foi essa a causa determinante das sucessivas revisões que o texto conheceu em sede de revisão constitucional. O preenchimento das lacunas possibilitou a inclusão de novas matérias não consignadas na versão originária.

Busquemos, então, as matérias relativas ao Direito Internacional, às Relações Internacionais ou às cláusulas internacionais da Constituição.

3.1. A revisão da LC em 1976

Por decisão do CR, órgão supremo do poder do Estado, procedeu-se à revisão da Constituição da RPA aprovada pela Lei n.º 71/76, de 11 de Novembro.⁵⁴⁶

Nessa revisão, não houve registo praticamente nenhum de cláusulas internacionais constitucionais. Incidiu basicamente sobre a reestruturação e redefinição de competências de diversos órgãos do Estado a nível central e provincial.

3.2. A revisão da LC em 1977

Nova revisão feita pelo CR, com base na Lei n.º 13/77, de 16 de Agosto.⁵⁴⁷ Nenhuma matéria de DI adoptada. Cingiu-se ao reforço das competências do PR, passando a integrar e a chefiar o Governo. Na versão originária, era o primeiro-ministro quem o chefiava.

No segundo e último artigo revisto, o artigo 38.º, há uma referência fugaz à matéria das Relações Internacionais. O Conselho da Revolução passou a dispor de atribuições, nos termos da al. b), de orientar [...] a política externa do país. Foi das mais curtas revisões da história do constitucionalismo angolano.

3.3. A revisão da LC em 1978, de 7 de Fevereiro⁵⁴⁸

Não há novidade nesta revisão em matéria do DI. Foram referenciados, uma vez mais, os princípios da Carta da ONU e da OUA.

⁵⁴³. PEREIRA, André Gonçalves, «O Direito Internacional na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, p. 199.

⁵⁴⁴. Publicada no *Diário da República*, I Série, n.º 1, de 11 de Novembro de 1975, e inclui as rectificações publicadas no *Diário da República*, I Série, n.º 2, de 12 de Novembro de 1975.

⁵⁴⁵. MACHADO, Jónatas, *et. al.*, *Direito Constitucional Angolano*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 39.

⁵⁴⁶. Publicada no *Diário da República*, I Série, n.º 266, de 11 de Novembro de 1976.

⁵⁴⁷. Publicada no *Diário do Governo*, I Série, n.º 194, de 17 de Agosto de 1977.

⁵⁴⁸. Publicada no *Diário da República*, I Série, n.º 31, de 7 de Fevereiro.

Ressurge o artigo 32.º, com duas alíneas, *l)* e *m)*, a referirem-se, *ex professo*, ao instituto da ratificação dos tratados internacionais, depois de devidamente aprovados.

Os tratados, quando regularmente aprovados pelo Parlamento, são depois ratificados pelo PR. É dele também a competência de nomear e exonerar os embaixadores e enviados extraordinários e acreditar os representantes diplomáticos estrangeiros.

A política externa era conduzida pelo Governo. A al. *h)*, do artigo 41.º, conferia poderes ao Governo para aprovar e denunciar acordos internacionais não sujeitos à ratificação e aprovar para a ratificação do PR aqueles que não deveriam ser submetidos ao Conselho da Revolução. O acto da ratificação funcionou nesse preceito como elemento através do qual o Governo podia agir ou não:

- a) Primeiro, quando não sujeitos à ratificação, podia aprovar e denunciar;
- b) Segundo, aprovar se a eles fosse requerida a ratificação e desde que não fossem submetidos ao Conselho da Revolução.

3.4. A revisão da LC de 23 de Setembro de 1980⁵⁴⁹

Esta foi uma revisão substancial. Foi extinto o Conselho da Revolução, órgão supremo do Estado e com competências legislativas, e instituída a Assembleia do Povo. O Conselho era presidido pelo PR. Longe estava a ideia da separação de poderes.

Nessa revisão, as competências do PR acham-se no artigo 53.º, e apenas na al. *e)* há referência clara à cláusula internacional, traduzida na nomeação e exoneração dos embaixadores, bem como na acreditação de representantes diplomáticos estrangeiros.

Resta a dúvida de a competência da Assembleia do Povo ratificar tratados internacionais, competência reservada, em princípio, aos chefes de Estado. O Governo negociava e concluía os tratados, submetendo-os posteriormente à Assembleia do Povo, nos termos da al. *g)*, do artigo 58.º, da LC de 1980.

Na revisão de 1980, em matéria de cláusulas internacionais constitucionais, destaca-se a al. *o)* do

artigo 38.º que se refere à ratificação e denúncia de tratados internacionais. Nada mais.

3.5. As revisões da LC em 1986⁵⁵⁰ e 1987⁵⁵¹

Nenhuma das revisões, extraordinárias e cirúrgicas, teve que ver com a matéria em análise. Limitaram-se a criar o cargo de Ministro de Estado, enquanto na de 1987 se alargou a representatividade da sociedade na comissão permanente da AP.

Normalizou-se a situação política no país com a morte de Jonas Savimbi em 2002, e estava criado o ambiente para a aprovação de uma nova Constituição da República, o que ocorreu em 5 de Fevereiro de 2010.

3.6. A revisão da LC em 1991

A revisão constitucional de 1991 foi significativa, se comparada com as anteriores, para além de ter criado o quadro legal da instituição do multipartidarismo e do sistema de economia de mercado, antecedendo a assinatura dos Acordos de Bicesse.

Nova Constituição para uns — Adérito Correia e Bornito de Sousa⁵⁵² —, o mesmo texto com nova roupagem para outros — Jónatas Machado —, opinião que perfilhamos. Apesar de revisão parcial, foi transversal, abarcando praticamente todos os títulos, alterando princípios, organização e objectivos fundamentais do Estado.

Quanto às cláusulas internacionais, pouca atenção mereceram da parte do constituinte, limitando-se este a referências meteóricas e a princípios proclamatórios consignados na Carta das Nações Unidas e da OUA.

Cingiram-se as referidas cláusulas à competência do PR de nomear e exonerar embaixadores, acreditar os representantes diplomáticos estrangeiros, ratificar, aderir e denunciar tratados internacionais e, por fim, negociar e aprovar tratados internacionais e submetê-los à ratificação ou adesão pela Assembleia do Povo. Resultam do artigo 16.º, al. *e)* do artigo 47.º, al. *d)* do artigo 61.º, e al. *g)* do artigo 66.º, da Lei Constitucional de 1991.

⁵⁵⁰. Publicada no *Diário da República*, I Série, n.º 9, de 1 de Fevereiro de 1986.

⁵⁵¹. Publicada no *Diário da República*, I Série, n.º 9, de 31 de Janeiro de 1987.

⁵⁵². CORREIA, Adérito, e SOUSA, Bornito de, *Angola — História Constitucional*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 31.

⁵⁴⁹. Publicada no *Diário da República*, I Série, n.º 225, de 23 de Setembro de 1980.

3.7. A revisão da LC em 1992

Segue praticamente a filosofia da revisão anterior, esta realizada em 1992. Como referenciado na Lei n.º 23/92, de 16 de Setembro, visou tratar, convenientemente, numa segunda revisão, matérias pouco desenvolvidas na primeira. Não houve novidades, muito menos significativas.

No domínio das cláusulas internacionais constitucionais, há uma escassa e fugaz referência, no Título II, por exemplo, ao reforço e reconhecimento de direitos fundamentais com base nos principais tratados internacionais sobre direitos humanos a que Angola tenha aderido.

Outra nota resulta da competência do PR, em matéria internacional, de nomear e exonerar embaixadores, acreditar os representantes diplomáticos estrangeiros, ratificar tratados internacionais depois de validamente aprovados e assinar os instrumentos de aprovação dos demais tratados em forma simplificada, nos termos das als. g) e y) do artigo 66.º da LC.

À AN, à luz do artigo 88.º da LC, cabia aprovar os tratados internacionais que versassem sobre matéria da sua competência legislativa absoluta.

Pensamos, no essencial, ter conseguido seguir a trajectória do constitucionalismo em Angola iniciado em 1975 com a aprovação da sua primeira Lei Constituição à qual se associam numerosas revisões até à aprovação da Constituição de 2010.

Cingimo-nos à matéria de Direito Internacional e de Relações Internacionais no quadro da Constituição, tema do relatório. A abordagem exageradamente sintética requerida deixou de poder contar com a referência a aspectos importantes, mesmo no âmbito do tema. *Noblesse oblige*.

Em novo capítulo e numa realidade constitucional substancialmente diferente, abordaremos de forma um pouco mais detida o tema, por existirem na Constituição de 2010 numerosas disposições, densas até, que se reportam ao tema.

II. A Constituição de Angola de 2010

1. A caracterização do texto

Ultrapassados determinados condicionalismos, nas vestes de poder constituinte, a AN aprovou, em 21 de Janeiro de 2010, a actual Constituição, objecto de fiscalização preventiva da constitucionalidade, requerida junto do TC⁵⁵³ pela própria Assembleia. O Acórdão n.º 111/2010, de 30 de Janeiro, foi julgado parcialmente inconstitucional. Expurgadas as inconstitucionalidades, foi promulgada pelo PR e entrou em vigor em 5 de Fevereiro de 2010. Foi materializada a norma do artigo 158.º da LC de 1992.

É extenso o articulado (244 artigos), precedido de longo preâmbulo, redundante em alguns aspectos, à laia de relatório preliminar e exposições de motivos, segundo Jorge Miranda.⁵⁵⁴

No «método de jurista, procuraremos ver o que não se vê, desconfiar das aparências e rejeitar os preconceitos como sugere Paulo Ferreira da Cunha».⁵⁵⁵

2. O Direito Internacional na Constituição de 2010

Feita a súmula da caracterização da Constituição de 2010, iniciamos a inventariação das normas consagradas do Direito Internacional Público e de Relações Internacionais. São estas as normas que a elas se referem ou que para elas remetem expressamente:

N.º 1, *in fine* do artigo 11.º, artigos 12.º, 13.º, e n.ºs 1 e 3 do artigo 25.º, do artigo 26.º, n.ºs 1 e 2 do artigo 71.º, 86.º e das als. a) a e) do artigo 121.º, al. f) do 134.º, al. k) do artigo 161.º, e n.º 1 do artigo 210.º, *in fine*.

Não é significativa a norma do n.º 1 do artigo 11.º, *in fine*. Mera proclamação de garantia da paz e da segurança com respeito pela Constituição, pela lei e pelas convenções internacionais. É desígnio de qualquer Estado.

Diferentes são as alíneas b) a f), do n.º 1 do artigo 12.º, mais significativas do ponto de vista do conteúdo. Os princípios ínsitos na Carta das Nações Unidas

⁵⁵³. Tribunal Constitucional.

⁵⁵⁴. MIRANDA, Jorge, «O Preâmbulo da Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, pp. 17-25.

⁵⁵⁵. FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *Justiça & Direito — Vagens à Tribo dos Juristas*, Quid Juris, Sociedade Editora, Lisboa, 2010, p. 43.

são uma profissão de fé, segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros.⁵⁵⁶ O Estado vincula-se a tais princípios de forma positiva, bilateral e multilateral, como ainda negativamente em relação a si próprio.

As cartas das NU e da OUA foram fontes privilegiadas dos princípios consignados na referida norma.

2.1. O artigo 13.º da CRA

Esta é, seguramente, uma das mais importantes normas consagradoras de cláusulas internacionais constitucionais, dado o seu conteúdo marcadamente internacionalista.

O n.º 1 do preceito referencia o DI geral, ou comum,⁵⁵⁷ recebido nos termos da Constituição, como fazendo parte integrante da ordem jurídica angolana, próxima do aforismo de William Blackstone: «*The law of nations is [...] part of the law of the land.*»⁵⁵⁸ Ela assume a função de *pórtico da Constituição* e garante a entrada e a eficácia das normas jus-internacionais. A redacção corresponde, no essencial, à norma do artigo 8.º da CRP.

A necessidade é a da preservação da natureza originária do DI geral ou comum, própria de normativo internacional, após integração pela ordem jurídica interna do Estado, por via da adopção, com sentido e relevância normativos que lhe são atribuídos pelo ordenamento internacional. Por esse entendimento alinha Luísa Duarte.⁵⁵⁹

No caso do Direito Internacional geral, ou comum, estas normas e princípios gozam, como pressuposto básico, de relevância internacional ou equivalente à força das normas constitucionais. São normas ou princípios *ius cogens*, imperativos para todos os Estados, não podendo ser contraditados ou derogados pela Constituição.⁵⁶⁰ O n.º 1 do artigo 12.º consigna princípios gerais de autoridade imperativa que

excluem revisões constitucionais, que os restrinjam, ou ainda os substituam por outros contrários.

Não carece de acto expresso de aceitação ou aprovação da norma, sendo a vinculação do Direito Internacional na ordem jurídica interna do Estado imediata e transversal.

É líquido que a regra adoptada pelo artigo, tanto para o Direito convencional como para o Direito comum, seja o da recepção, como referido *supra*. Observados os pressupostos de validade na ordem jurídica internacional e os da sua eficácia na ordem jurídica angolana, vigoram enquanto tais, prescindindo de transformação, intermediação ou conversão⁵⁶¹ em normas constitucionais ou legais. Além de automática, a recepção é também plena, pois diz respeito a quaisquer normas internacionais, independentemente das matérias. É este pelo menos o entendimento de Jorge Miranda e de Rui Medeiros.⁵⁶²

O n.º 2 do preceito em apreço faz depender a vigência na ordem interna das normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas com a publicação oficial. Ninguém pode ser destinatário de norma, sem dispor de meio de a conhecer.

Luísa Duarte diverge desse entendimento.⁵⁶³ Para ela, uma convenção internacional regularmente aprovada e ratificada pode vincular internacionalmente o Estado mesmo quando não publicada, por entender que o facto pode ficar a dever-se a simples atraso ou lapso para que ela não tenha sido feita.

Itinerário, órgãos competentes, *modus operandi* e legislação pertinente reguladora do processo da conclusão de tratados e acordos internacionais regularmente aprovados ou ratificados *ex vi*, do n.º 2 do artigo 13.º da CRA é o que analisamos de seguida.

Realça-se, desde já, quanto aos órgãos competentes, a figura do Governo, no exercício da função de órgão de condução da política geral do país. Não existindo em Angola, no quadro actual, um governo — órgão *a se* —, a definição e a direcção da política geral de governação do país e da Administração cabem ao PR, titular do Executivo. Cabe-lhe ainda definir e dirigir a política externa.

⁵⁵⁶. MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 82-85.

⁵⁵⁷. Maria Luísa Duarte, à questão colocada em saber o que se deve entender por direito geral ou comum, responde tratar-se de todas as normas e princípios de alcance geral, partilhados pela comunidade internacional. Cfr., Luísa Duarte, *Direito Internacional...*, p. 299.

⁵⁵⁸. *Apud*, William Blackstone, Maria Luísa Duarte, *Direito Internacional...*, p. 299.

⁵⁵⁹. *Idem, ibidem*.

⁵⁶⁰. *Idem*, p. 301.

⁵⁶¹. *Idem, ibidem*.

⁵⁶². MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, *Constituição...*, pp. 88 ss.

⁵⁶³. Maria Luísa Duarte, *op. cit.* p. 253.

2.2. O procedimento na conclusão dos tratados

Rege essa matéria a Lei n.º 4/11, de 14 de Janeiro, que revogou a Lei n.º 9/90, de 5 de Maio, que já não se ajustava à nova realidade constitucional, como se lê no preâmbulo.

Quem negocia os tratados? O *treaty making power* é detido e conduzido pelo órgão que no plano interno do Estado dispõe de plenos poderes para negociar e concluir tratados internacionais, com o acompanhamento do Mirex⁵⁶⁴. A iniciativa é da competência do órgão ou organismo interessado do Estado.

Na CRA, a negociação dos tratados é de competência repartida entre o PR e a AN. Qualquer um deles pode negociar tratados em matéria que seja da sua exclusiva competência, ficando reservada a aprovação a cargo da AN ou do Conselho de Ministros. Uma vez negociado, a AN aprova, cabendo ao PR a ratificação.⁵⁶⁵ A lei atribui competência para negociar a um ou outro ministro, sendo a competência residuária sempre do Mirex, nos termos da Lei Orgânica.

Corroborando o que diz Jónatas Machado e na decorrência da prática do sistema presidencialista atípico angolano, deparamo-nos com a inexistência de reserva parlamentar de tratados, excepto em matérias absolutamente reservadas à AN.

A responsabilidade pela negociação e pelo ajuste das convenções internacionais cabe, assim, ao PR, mesmo no caso de tratados de competência reservada ao Parlamento.⁵⁶⁶

Abundantemente desenvolvida pela doutrina, a ratificação é a verificação da regularidade do instrumento internacional aprovado, que pode implicar um exame da sua constitucionalidade. É a confirmação autêntica do que foi negociado ou prometido em sede de tratado. Regula a matéria dos tratados internacionais, a CVDT.⁵⁶⁷

Sendo a ratificação da competência do PR, admite-se a intervenção de órgão sucedâneo, em homenagem ao princípio *jus raepresentationis omnimodae*, por força do artigo 46.º da CVDT.⁵⁶⁸ A intervenção materializa-se na assinatura sobre a carta de ratificação, objecto de troca bilateral e de depósito no tratado multilateral.

É diversa, nos termos do artigo 3.º da Lei n.º 4/11, a categoria de tratados internacionais: *tratados solenes, acordos executivos e acordos em forma simplificada*, detendo plenos poderes, para os dois primeiros instrumentos, o PR e o Mirex, isentos de apresentar instrumentos de plenos poderes, em virtude das suas funções. O vice-Presidente da República, em representação do PR e nessa condição, beneficia também da isenção de apresentação de instrumento que lhe confira poderes negociais.

Cabe à AN, como referido *supra*, à luz da al. k) do artigo 161.º da CRA, «aprovar para ratificação e adesão os tratados, convenções, acordos e outros instrumentos internacionais que versem matéria da sua competência legislativa absoluta, bem como os tratados de participação de Angola em organizações internacionais [...]».

No quadro da soberania dos Estados,⁵⁶⁹ é admitida a desvinculação de tratados, convenções, acordos e outros instrumentos internacionais. Em Angola, é o que estabelece a al. l) do artigo 161.º da CRA.

No plano interno, o acto simétrico é o decreto presidencial de ratificação, à luz da Lei n.º 2/10, de 25 de Março, da LPIFD, prevista na al. e), do artigo 2.º da Lei n.º 4/11, de 14 de Janeiro.

Gonçalves Pereira suscita a hipótese da verificação da inconstitucionalidade formal a propósito da ratificação imperfeita, por falta de aprovação, o que não obsta à aplicação na ordem interna do tratado irregularmente ratificado. Persiste, para este Autor, o carácter de acto livre, que não é forçado à ratificação,

⁵⁶⁴. Ministério das Relações Exteriores.

⁵⁶⁵. PEREIRA, André Gonçalves, «O Direito Internacional na Constituição», in *Estudos sobre a Constituição*, vol. I, Livraria Petrony, Lisboa, 1977, p. 44.

⁵⁶⁶. MACHADO, Jónatas, *Direito Constitucional...*, pp. 378-379.

⁵⁶⁷. Trata-se da Convenção de 23 de Maio de 1969, texto oficial português constante da Resolução n.º 67/2003, de 7 de Agosto, que o aprova para ratificação. Cfr. *Legislação, Textos de Direito Internacional Público*, AAFDL, Lisboa, 2010, (nota de rodapé) p. 269.

⁵⁶⁸. MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito Internacional Público*, 4.ª edição, revista e actualizada, Princípiã, Lisboa, 2009, p. 71.

⁵⁶⁹. Hipótese admitida, e bem, por Maria Luísa Duarte, a propósito da denúncia ou desvinculação, estribada nos art.ºs 54.º e 56.º da CVDT, mesmo quando proibida pelo tratado. Competente será o órgão que aprova, segundo o raciocínio *a maiori ad minus*, ou seja, o que pode o mais, pode o menos. Cfr. Maria Luísa Duarte, *Direito Internacional...*, pp. 224-225.

só regulamentando claramente o regime desta última *quandoque bonus*.⁵⁷⁰

Sendo a promulgação obrigatória para o PR, nos casos em que ela deva ocorrer, já assim não será quanto à ratificação. Por força costumeira e por razões de configuração dogmática do instituto, como admite Luísa Duarte, deve considerar-se acto livre do Chefe de Estado. Não prevê a CRA, nem precisaria, o procedimento de recusa de ratificação, pois ele pode recusá-la com fundamento em argumentos de discordância política e com a legitimidade qualificada de quem representa a República, garante a independência nacional e a unidade do Estado.

Na falta de prazo estabelecido para a ratificação, admite-se, segundo o princípio da cooperação leal, o critério do prazo razoável, circunstância em que é admissível invocar a hipótese de caducidade, na óptica de André Gonçalves Pereira.⁵⁷¹

Fora dos tratados solenes, admite-se a não ratificação das restantes convenções e acordos internacionais pelo PR. Cabe-lhe, todavia, assinar os decretos governamentais ou as resoluções parlamentares da aprovação. A vinculação depende igualmente de acto seu.

Em caso de discordância por dúvidas relativas à incompatibilidade do tratado com a Constituição, o PR pode solicitar a fiscalização preventiva da constitucionalidade.

Providencia-se a fórmula a que o PR angolano recorre para a emissão da carta de ratificação de tratados:

Carta de Ratificação n.º ____/____

Eu, _____, Presidente da República de Angola, faço saber que:

A Assembleia Nacional, nos termos das disposições conjugadas da al. k) do artigo 161.º, n.º 1 do artigo 125.º, e al. f) do n.º 2 do artigo 166.º, todos da constituição da República de Angola, aprovou para ratificação (designação do instrumento) através da resolução n.º ____/____, de ____ de _____.

Dando cumprimento às formalidades legais necessárias para a ratificação, nos termos da al. c) do artigo 121.º, da CRA e do n.º 1 do artigo 17.º, da Lei n.º 4/11, de 14 de Janeiro,

Dou-o por firme e válido e garanto que será rigorosamente observado.

Modelo extraído de uma carta de ratificação publicada no *Diário da República*, I Série, n.º 134, de 9 de Agosto de 2016.

Assinado o decreto presidencial de ratificação, é posteriormente enviado ao Mirex, que remete cópia à outra parte, se for bilateral o instrumento bilateral, ou ao depositário, na hipótese de multilateralidade. Estabelece-o o art.º 17.º, da Lei n.º 4/11, de 14 de Janeiro.

Termina o processo com o acto da publicação no jornal oficial, nos termos da LPFDL,⁵⁷² Lei n.º 2/10, de 25 de Março. Reza o n.º do artigo 1.º, desse diploma normativo que os actos internos de vinculação e desvinculação sujeitos à publicação oficial só se tornam juridicamente eficazes após a sua publicação na I Série do *Diário da República*.

Apresentado esse excursus, metodologicamente impunha-se, para facilitar a abordagem do n.º 2 do artigo 13.º que temos vindo a analisar.

Que compreensão doutrinária existe em relação à expressão «*enquanto vincularem internacionalmente o Estado angolano*»? Jorge Miranda e Rui Medeiros respondem que a vigência na ordem interna é decorrência da vigência na ordem internacional. As normas internacionais só vigoram no ordenamento interno depois de começarem a vigorar no ordenamento internacional, e cessam de aqui vigorar ou sofrem modificações na medida em que tal aconteça a nível internacional.

Gonçalves Pereira⁵⁷³ diverge do entendimento que admite a vigência internacional, condição necessária da vigência interna, sem poder inferir que seja condição suficiente irrefragável. A sua interpretação vai no sentido da consagração, na Constituição, de um monismo moderado que não obsta — sem prejuízo da responsabilidade internacional do Estado — à vigência interna de lei contrária à norma internacional aplicável. As normas assim incorporadas terão valor formal, nunca devendo sobrepor-se à Constituição. Posição minoritária, porventura.

A não vigência, no plano interno, de qualquer tratado, por preterição dos requisitos internacionais, não impede a vinculação a esse tratado na ordem internacional.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰. PEREIRA, André Gonçalves, «O Direito Internacional...», pp. 46-47.

⁵⁷¹. *Idem*, p. 198.

⁵⁷². Lei da Publicação e do Formulário dos Diplomas Legais.

⁵⁷³. PEREIRA, André Gonçalves, «O Direito Internacional...», p. 40.

⁵⁷⁴. MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição...*, p. 90.

Antes de encerrarmos a temática, intentamos precisar algumas noções diferenciadoras do entendimento que deles se tem. Gomes Canotilho e Vital Moreira,⁵⁷⁵ na clássica *Constituição da República Portuguesa Anotada*, adiantam que «Tratado» é uma designação genérica, enquanto existem outras para se referirem certas espécies de tratados.

«Acordo», por exemplo, é um Tratado cujo objecto incide sobre assuntos técnicos ou de execução de tratados, sendo as «Convenções» igualmente Tratados, por regra multilaterais, de conteúdo normativo. Os «Pactos» e as «Cartas» são Tratados instituidores de organizações internacionais, entre outros, ao passo que os «Protocolos» são Tratados subsidiários de Tratados principais.

3. Âmbito material dos direitos fundamentais

A propósito dos direitos fundamentais, acompanhemos a visão de Jorge Miranda, quando, assertivamente acerca do texto normativo que os consagrou, a DUDH afirmou: «[...] a consciência universal do valor dos direitos fundamentais, ou pelo menos, de um núcleo dos direitos ligados ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, constitui um dos fenómenos políticos e culturais de significado mais profundo do nosso século».⁵⁷⁶

É o artigo 26.º da CRA que consagra o âmbito material dos direitos fundamentais, com uma redacção similar à do artigo 16.º da CRP. A doutrina portuguesa, uma vez mais, é chamada à colação. Gomes Canotilho e Vital Moreira elegem, para a importância da matéria, duas razões essenciais:

1. Primazia que deve ser dispensada à pessoa humana, secundada pela organização política;
2. Dever nobre de considerar-se a pessoa sujeito e nunca objecto, fim e não meio de relações jurídico-sociais, desembocando na dignidade da pessoa humana,⁵⁷⁷ pressupostos nos quais deve a República assentar o poder.

Funciona a dignidade da pessoa humana, segundo estes Autores, como um valor-limite contra o totalitarismo político, social e religioso, contra experiências de negação e aniquilação existencial do ser humano.

Essa norma constitucional consagra o âmbito dos direitos fundamentais. O n.º 1 estabelece a abertura da Constituição, em termos sincrónicos e diacrónicos, à permanente actualização do catálogo dos direitos fundamentais, decorrente do sentir maioritário do povo (leis) e da comunidade internacional (normas de direito internacional).

Corresponde ao princípio da cláusula aberta ou da não tipicidade dos direitos fundamentais, como referem Jorge Miranda⁵⁷⁸ e Luísa Duarte⁵⁷⁹.

Vem na tradição constitucional norte-americana dos *unenumerated rights*, da Emenda IX: «*The enumeration in the constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.*»⁵⁸⁰

Duas soluções de clara abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. O n.º 2 do artigo 26.º representa uma verdadeira conquista sem paralelo em muitas constituições estrangeiras, que se quedam a invocar a Declaração Universal apenas nos preâmbulos das suas constituições.

É pacífico⁵⁸¹ que o n.º 2 do artigo 26.º não acrescenta novos direitos à lista. A sua função é situá-los num contexto mais amplo e mais firme que os da Constituição, realçando que esses direitos não estão à mercê do Estado-poder e que os direitos, liberdades e garantias pessoais não são direitos criados pelo poder político, mas apenas por este reconhecidos. O preceito estabelece uma conjugação com a Declaração, colocando-a numa valoração e harmonia axiológica, além de situar os direitos fundamentais num contexto mais vasto e sólido que o da ordem jurídica positiva do Estado.

Duas possíveis soluções:

A primeira solução impõe que as normas dos direitos fundamentais sejam interpretadas e integradas de harmonia com a DUDH;

⁵⁷⁵. CANOTILHO, J.J. Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição...*, pp. 256-257.

⁵⁷⁶. MIRANDA, Jorge, «A Declaração Universal...», pp. 49-61.

⁵⁷⁷. *Idem*, p. 198.

⁵⁷⁸. MIRANDA, Jorge, *Curso de Direito...*, p. 180.

⁵⁷⁹. DUARTE, Maria Luísa, *Direito Internacional Público e Ordem Jurídica Global do Século XXI*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 297.

⁵⁸⁰. MIRANDA, Jorge, *op. cit.* p. 161.

⁵⁸¹. MIRANDA, Jorge, «A Declaração Universal...», pp. 58-59.

A segunda estabelece o princípio do nível mais elevado de protecção. Os direitos fundamentais consagrados e tipificados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das regras aplicáveis de Direito Internacional.

No n.º 1 do artigo 26.º enquadra-se qualquer um dos tipos constitucionais dos actos legislativos consagrados nos artigos 125.º, 161.º e 166.º da CRA.

Não deixou de tomar posição clara, o legislador angolano, em matéria de estrangeiros e apátridas. No artigo 25.º, ficou patente o espírito e a letra da Carta das NU e a DUDH, reafirmando o princípio de que todos os seres humanos, sem distinção de espécie alguma, devem desfrutar dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais.

Regra geral, é a prevalência da equiparação dos estrangeiros e apátridas⁵⁸² com os cidadãos nacionais. É uma garantia existente mesmo fora do Direito Constitucional. No âmbito do Direito privado, estabelece o artigo 14.º do Código Civil o princípio do tratamento nacional ou da paridade civil, devendo beneficiar de direitos prestacionais, especialmente.⁵⁸³

Pensamos, com este excuro, ter esgotado a análise possível, mas esclarecedora, das disposições do texto da Constituição angolana que deram expressão normativa à relevância paramétrica do Direito Internacional Público. Luísa Duarte⁵⁸⁴ qualifica-as como cláusulas internacionais, e é assim que também são designadas.

Limitados pelo tempo e pelo âmbito expositivo, resta-nos o consolo de, nesta fase e nível, findarmos o relatório com a apresentação de conclusões.

Conclusões

- 1.^a Analisada a Lei Constitucional angolana de 1975, assim como as suas revisões, constata-se uma essencialíssima referência às matérias das Relações Internacionais e do Direito Internacional público, cingindo-se estes a meros princípios proclamatórios ínsitos na Carta das Nações Unidas e da Organização da Unidade Africana.
- 2.^a Houve lugar a várias revisões extraordinárias, pontuais e meteóricas, que mais se limitaram a um exercício de completude do texto lacunar, aprovado em tempo recorde, e a alguma insuficiência técnica manifestada pelo constituinte na redacção e exposição das matérias.
- 3.^a Significado especial teve a revisão de 1991, que marcou alguma ruptura com o texto originário, sendo certo que o móbil fundamental foi permitir a assinatura dos Acordos de Bicesse entre MPLA e UNITA, e a criação de um quadro legal que permitisse a adopção de um sistema multipartidário e de economia de mercado. A transfiguração sofrida levou certos Autores a admitir a ideia de uma nova Constituição.
- 4.^a Em 1992, a revisão havida permitiu ao constituinte tratar, de forma mais conveniente, matérias que careciam de densificação e desenvolvimento, o que não foi possível na revisão de 1991. O texto melhorou e aproximou-se da realidade política, com o abandono das opções marxistas-leninistas.
- 5.^a É na Constituição de 2010 que surgem diversas disposições substanciais relativas às cláusulas internacionais constitucionais, não tão originais, porquanto muitas delas são literalmente uma transcrição de normas da Constituição da República Portuguesa de 1976, onde se destaca o processo de conclusão de tratados internacionais, as relações internacionais, a vigência do Direito Internacional na ordem interna angolana e o âmbito material dos Direitos Fundamentais, só para citar estes, pela sua importância.
- 6.^a Metodologicamente, não nos quedamos no Direito Internacional e no diálogo que este ramo do Direito estabelece com o Direito interno, mas alargamos o âmbito da abordagem às Relações Internacionais, vistas numa perspectiva jurídica e prática, com os pertinentes diplomas que regulam tal matéria.

⁵⁸². Em relação ao Estatuto dos Apátridas, regula a Convenção de 28 de Setembro de 1954 (CES das Nações Unidas).

⁵⁸³. CANOTILHO, J.J. Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República...*, p. 357.

⁵⁸⁴. DUARTE, Maria Luísa, *op. cit.*, p. 297.

- 7.^a A consagração, na Constituição, do princípio monista e da recepção automática e plena do Direito Internacional é uma realidade, com ressalva da observância e adequação aos termos constitucionais.
- 8.^a No artigo 12.º da CRA ficou estabelecida a cláusula de amizade para com o Direito Internacional. Através dele opera-se a constitucionalização dos princípios do Direito Internacional. Não é menos verdade que uma dinâmica constitucional malsucedida põe em causa os direitos humanos, a paz e a segurança internacional.
- 9.^a No cômputo geral, as normas da Constituição em análise são mais de carácter programático, sendo o inciso direccionado às Relações Internacionais portador de grandes directrizes, metas ou desígnios de política externa, mas de carácter geral.
- 10.^a Carece o sistema de *lege ferenda* de outros instrumentos normativos para reforçarem a função garantística da Constituição na promoção e defesa dos direitos fundamentais face ao poder político e aos particulares, e que a Constituição não seja um mero *law in the book*, mesmo com a sua hipertrofia, com o risco de integrar a taxonomia de Karl Loewenstein, nas designadas Constituições semânticas, por falta de concordância das suas normas com a realidade do processo e do poder.
- 11.^a Por quase inexistência doutrinária ou jurisprudencial no direito positivo angolano sobre a matéria objecto deste relatório, e pelo pouco tratamento constitucional dos temas, aliado a um certo mimetismo constitucional virado para a Constituição portuguesa actual, é deste sistema que nos socorremos para analisar, com propriedade, as normas da Constituição de 2010.
- 12.^a Longe está de considerar-se esgotada a abordagem do tema nos seus múltiplos aspectos, que poderia enriquecê-lo inclusive do ponto de vista doutrinal e jurisprudencial, dentro e fora do País, mas é seguramente um desafio cuja prossecução poderá ser retomada, porventura, na dissertação doutoral, se for esta, como tudo indica, uma forte probabilidade.

A ver vamos.

A tutela multinível dos Direitos Sociais no cenário da Crise Europeia: A disputa entre o constitucionalismo do Estado de Direito e o Constitucionalismo do Estado de Exceção Financeira

The multilevel protection of social rights in the context of the European crisis: the dispute between the constitutionalism of the rule of law and the constitutionalism of the state of financial exception

Salvador Laurino

Doutorando em Ciências Jurídico-Internacionais e Europeias pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Resumo: O presente estudo analisa o funcionamento do sistema multinível europeu de proteção dos direitos fundamentais no cenário das medidas adotadas no âmbito da governação económica da União Europeia para enfrentar a crise que começou em 2008. Em meio a um suposto estado de exceção financeira justificado pela gravidade da crise, as medidas de austeridade impostas pela UE voltaram-se contra direitos sociais protegidos pelas Constituições nacionais. A partir da experiência da “jurisprudência da crise”, examina-se como a tensão entre a tradição do constitucionalismo social europeu e o avanço do liberalismo desregulatório se projetou na jurisprudência do TJUE, do TEDH e do Tribunal Constitucional de Portugal.

Palavras-chave: Governação económica e medidas de austeridade; direitos sociais; sistema multinível europeu de proteção dos direitos fundamentais; constitucionalismo social versus liberalismo desregulatório; jurisprudência da crise em Portugal.

Abstract: The present study analyzes the functioning of the European multilevel system for the protection of fundamental rights in the context of the measures taken in the framework of the economic governance of the European Union to deal with the crisis that began in 2008. Amidst a supposed state of financial exception justified by the Crisis, austerity measures imposed by the EU have turned against social rights protected by national constitutions. From the experience of the “jurisprudence of the crisis”, one examines how the tension between the tradition of European social constitutionalism and advance of deregulation liberalism was projected in the jurisprudence of the ECJ, the ECtHR and the Constitutional Court of Portugal.

Keywords: Economic governance and austerity measures; social rights; European multi-level system for the protection of fundamental rights; Social constitutionalism versus deregulatory liberalism; Jurisprudence of the crisis in Portugal.

1. A disputa entre a tradição do constitucionalismo democrático europeu de vocação social e o liberalismo desregulatório.

No cenário da crise que começou nos Estados Unidos em 2008 e que logo se alastrou para a Europa, a cultura jurídica europeia, que a partir do término da Segunda Guerra Mundial encontrou suporte quer na arquitetura do sistema de proteção dos direitos fundamentais, quer no alargado pacto social que está na base do modelo social europeu,⁵⁸⁵ ficou exposta a um severo processo de erosão que conferiu à atuação do poder judicial, em especial aos tribunais constitucionais, um papel central para equacionar uma disputa política que, em termos sintéticos, opõe um constitucionalismo formal ou “vigente”, amparado na racionalidade do Estado de direito, a um constitucionalismo material ou “vivente”, que se exprime nos imperativos económicos de um suposto “estado de exceção financeira”.⁵⁸⁶

No quadro do sistema multinível europeu de proteção dos direitos fundamentais, a sobreposição de catálogos de direitos e de jurisdições remete essa disputa para o campo dos princípios constitucionais, em que o protagonismo é dos juízes. Além das tormentosas questões que envolvem a interpretação e a concretização de princípios constitucionais de conteúdo indeterminado,⁵⁸⁷ o tema se reveste de especial

complexidade na medida em que alcança uma dimensão extrajurídica de ordem económica — o “estado de exceção financeira” —, à qual se associam as tensões políticas subjacentes ao primado do direito europeu na relação com as Constituições nacionais e a sensível dinâmica que se estabelece entre os tribunais constitucionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia, num ambiente marcado por uma “crise de confiança” na maneira como os altos magistrados de Luxemburgo atuam quando está em jogo a proteção dos direitos sociais no confronto com as liberdades económicas.⁵⁸⁸

Em meio à tempestade desencadeada pela quebra do banco Lehman Brothers, a União Europeia adotou uma série de políticas económicas que, em vez de amortecer, acabaram por amplificar os efeitos negativos da crise no plano social. A fim de forçar os Estados-membros aos equilíbrios macroeconómicos desejados para enfrentar a crise, a União impôs um conjunto de constrangimentos de carácter económico-financeiro que se traduziram em uma progressiva dificuldade para executar políticas sociais sustentáveis. Nesse período, cresceram não apenas a pobreza,

atuam como parâmetros de especificação dos princípios, a partir dos quais o direito ordinário pode ser invalidado. Como tal, os referidos critérios não podem: i) reconduzir-se a meras fórmulas *passerpatout*, privadas de objeto definido e permeáveis a serem usadas como meros instrumentos semânticos de legitimação de um ‘decisionismo judicial’, invasivo da reserva da lei e da Constituição; ii) experimentar, em nome da segurança jurídica e da lealdade institucional, contínuas alterações e revisões de carácter substancial” (Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional*, II-2, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 747-748).

^{588.} Cf. MARZIA BARBERA, “Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo”, in *Working Papers* Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”, Università degli Studi di Catania, n° 95/2012, pp. 6-7. Apenas por facilidade de expressão, e sem prejuízo do respetivo regime jurídico distinto, incorporamos na expressão “direitos sociais” os “direitos sociais a prestações contidos em normas programáticas” (caso das pensões de reforma ou sobrevivência), os “direitos sociais de natureza análoga aos direitos de liberdade” (direito ao salário) e os “direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (direito ao emprego e garantia de proibição de despedimentos) sem justa causa”. “Como é óbvio, apenas os primeiros assumem a natureza de direitos sociais ‘hoc sensu’, sujeitos ao regime das normas programáticas, incluindo-se os dois restantes na órbita do regime e garantia reforçada dos direitos de liberdade” (Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional*, p. 711).

^{585.} Cf. ANTONIO CASIMIRO FERREIRA / JOSE MANUEL PUREZA, “Estado de direito ou estado de exceção: a justiça constitucional face ao questionamento do estado social”, in *A economia política do retrocesso*, Almedina-CES, Coimbra, 2014, p. 288.

^{586.} Cf. GIORGIO FONTANA, “Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa”, in *Working Papers*, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”, Università degli Studi di Catania, n° 104/2014, p. 21.

^{587.} “A abertura lexical e axiológica dos princípios torna inevitável que o seu núcleo estruturante, onde se alojam os bens tutelados e as razões teleológicas que impelem a uma ação, careçam de densificação, a qual é levada a cabo tanto por lei, como pela Justiça Constitucional, mediante medidas de valor e testes. Os critérios de densificação jurisprudencial, sendo padrões interpretativos, acabam por se configurar, na prática, como autênticas normas materiais da Constituição ou padrões de ‘soft law’ constitucional. Estas ‘normas’ devem assumir carácter estável e um conteúdo minimamente definido e objetivo, pois

a desigualdade e o desemprego, mas também o fosso entre gerações, entre qualificações profissionais, entre incluídos e excluídos.⁵⁸⁹

Ainda que não seja fácil separar o que é efeito da crise em si (o “efeito crise”), o efeito das reformas que não foram feitas no interior de cada Estado-membro (o “efeito país”) e o efeito das políticas da União no enfrentamento da crise (o “efeito União”), a opinião dominante é que as políticas de ajustamento orçamental impostas por Bruxelas tiveram um peso importante para o agravamento dos efeitos sociais.⁵⁹⁰ A política da União assenta-se na premissa de que a única resposta aos desafios do crescimento económico e da criação de emprego deve vir de reformas nacionais para assegurar a competitividade, em geral associadas aos sistemas de proteção social e de regulação do trabalho.⁵⁹¹ Ao se concentrar no argumento de que a moeda única exige um alinhamento das

políticas nacionais perante objetivos comuns, a perspectiva de Bruxelas acaba por desvalorizar um aspeto fundamental do problema, qual seja a fragilidade das políticas adotadas em nível supranacional para gerir a União Económica e Monetária como um sistema capaz de desenvolver-se de maneira equilibrada e conforme os objetivos definidos no Tratado de Lisboa.⁵⁹²

Amparada no discurso do “estado de exceção financeira”,⁵⁹³ a governação económica passa a ditar o modelo social e de regulação do trabalho para além dos contornos das constituições nacionais e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — CDFUE.⁵⁹⁴ Ao lado da legalidade constitucional da União, definida pelos procedimentos formais previstos no Tratado de Lisboa e na CDFUE, ganha força a legalidade da “governação económica”, que se funda em seus próprios instrumentos de atuação normativa — Pacto Euro +, Mecanismo Europeu de Estabilidade, Tratado Orçamental — e que confronta não apenas o sistema de direitos europeu, mas também garantias político-democráticas consagradas nas Constituições nacionais, que passam a ser vistas como “obstáculos” à aplicação das políticas de austeridade.⁵⁹⁵

Assim, através de medidas destinadas a forçar aos ajustes orçamentais, pôs-se em marcha um processo de alteração do sistema de direitos sociais garantidos pelas Constituições e pela CDFUE.⁵⁹⁶ Conquanto haja um alargado consenso de que o modelo social deve passar por reformas, seja para assegurar sua sustentabilidade financeira,⁵⁹⁷ seja para atualizar os riscos

⁵⁸⁹. Cf. MAURIZIO FERRERA, *Rotta di colisione: euro contro welfare?*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. IX.

⁵⁹⁰. Cf. MAURIZIO FERRERA, *Rotta di colisione: euro contro welfare?*, p. X.

⁵⁹¹. Conforme ANTONIO GOUCHA SOARES, “A crise que se abateu sobre a Zona Euro no início de 2010, caracterizada pela subida acentuada das taxas de juro das obrigações de dívida pública da Grécia, foi entendida na União Europeia como tendo sido provocada pelo descontrolo das finanças públicas nesse país. Com efeito, a Alemanha foi capaz de impor essa narrativa sobre a crise da dívida soberana grega, a qual se estenderia de seguida a outros países da periferia da Zona Euro, evocando que a mesma teria resultado de uma violação continuada das normas definidas no Pacto de Estabilidade e Crescimento de 1997. O Pacto de Estabilidade e Crescimento, adotado por ocasião do Tratado de Amesterdão, consagrava a única vertente que a Alemanha não tinha conseguido impor durante as negociações da união económica e monetária, no Tratado de Maastricht: a criação de mecanismos preventivos, mas também sancionatórios, destinados a garantir que as políticas orçamentais dos Estados-membros fossem orientadas para a estabilidade da política monetária... Na medida em que a União Europeia se acomodou à explicação germânica sobre as causas da crise do euro — a política orçamental da Grécia havia violado as normas estabelecidas pelo Pacto de Estabilidade, sem que os mecanismos preventivo e corretivo por este instituídos tivessem sido capazes de lhe fazer face — a resposta europeia à crise teria de passar pelo reforço do sistema definido em Amesterdão. Assim, a chamada reforma da governação económica europeia iria incidir, de forma primordial, no fortalecimento dos mecanismos estabelecidos pelo Pacto de Estabilidade e Crescimento” (Cf. “A reforma da governação económica da UE: o coleto

de regras europeias”, in *Relações Internacionais*, n.º 48, dezembro de 2015, pp. 80-81).

⁵⁹². Cf. MAURIZIO FERRERA, *Rotta di colisione: euro contro welfare?*, p. XI.

⁵⁹³. Cf. SUZANA TAVARES DA SILVA, “Sustentabilidade e solidariedade em estado de emergência económico-financeira”, in *O memorando da troika e as empresas*, Almedina, Coimbra, 2012.

⁵⁹⁴. Cf. GIORGIO FONTANA, “Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa”, pp. 4-5.

⁵⁹⁵. Cf. ANTONO BAYLOS / NUNZIA CASTELLI / FRANCISCO TRILLO, *Negociar en crisis: negociación colectiva en los países del sur de Europa*, Albacete, Bomarzo, 2014, pp. 9-11.

⁵⁹⁶. Cf. ANTONO BAYLOS / NUNZIA CASTELLI / FRANCISCO TRILLO, *Negociar en crisis: negociación colectiva en los países del sur de Europa*, pp. 12-18.

⁵⁹⁷. Cf. ANTONIO SPADARO, “I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo ‘modello sociale europeo’: più sobrio, solidale e sostenibile”, in *Rivista Associa-*

protegidos perante novos desafios,⁵⁹⁸ o balanço dos últimos anos mostra que a maneira como a União Europeia enfrentou a crise deixou marcas tão profundas nos sistemas de proteção social e de regulação do trabalho que já se pergunta se a “alma” do modelo social europeu foi atingida de maneira fatal.⁵⁹⁹

Na perspectiva de MARIO GALOFARO, a evolução que assistiremos nos próximos anos levará a uma União Europeia que assumirá como valor fundante ou a liberdade de mercado ou o pluralismo social; uma União que continuará a grande tradição do constitucionalismo europeu, como uma entidade política que se encarrega dos problemas de coesão social mediante os instrumentos do *welfare state*, ou uma União Europeia que recusa essa herança em nome de um mercado desregulado e que usa o direito para reprimir o conflito e a auto regulação social das relações de trabalho por meio da contratação coletiva.⁶⁰⁰

Assinala que a esfera jurídica reproduz a disputa política entre quem quer que a União se baseie sobre a tradição do constitucionalismo democrático europeu, de vocação social, e quem quer que ela se baseie sobre um liberalismo desregulatório. Enquanto os primeiros tendem a valorizar o elemento formal das Constituições, os segundos buscam “distrair a atenção”

deste pressuposto jurídico, pois sabem que é inviável uma modificação formal das Constituições que venha a consagrar a filosofia que defendem.

Do lado dos defensores do modelo social europeu, o risco é que esta defesa, em vez de resultar na consolidação dos direitos sociais no ordenamento europeu, leve a uma oposição objetivamente reacionária ao projeto de integração europeia. Do lado oposto, o risco é imaginar que o processo de unificação económica possa avançar sem unificação política e esquecer que na tradição dos países europeus uma entidade política só se legitima na medida em que reconhece os direitos sociais fundamentais.

O saudoso professor da Universidade de Bari conclui que embora os direitos sociais sejam um limite ao livre jogo das forças económicas, o processo de integração política, indispensável para o processo de integração económica, depende da garantia dos direitos sociais que integram a grande tradição do constitucionalismo europeu. Se não for assim, reforçar-se-á a convicção de que a defesa do Estado social e da soberania dos Estados nacionais é a mesma coisa, o que significará a negação do generalizado consenso de que só poderá existir verdadeiro progresso no avanço da integração política.⁶⁰¹

A questão que se coloca, a partir da experiência em torno do que ficou conhecido em Portugal como a “jurisprudência da crise”,⁶⁰² é em que medida o sistema multinível europeu de proteção dos direitos fundamentais pode servir como barreira de contenção contra a força invasiva da lógica económica de forma a contribuir para a reconciliação da União Europeia com o *welfare state*, em ordem a preservar os traços essenciais do modelo social europeu num cenário de crescente interligação económica e financeira entre os países que usam a mesma moeda.⁶⁰³

zione Italiana dei Costituzionalisti, n° 4, 2011. Disponível em: <http://www.rivistaaic.it/cookie-policy.html>. Acesso em 24 de junho de 2016.

⁵⁹⁸. Cf. FULVIO CONTI / GIANNI SILEI, *Breve storia dello stato sociale*, Carocci, Roma, 2016, p. 13.

⁵⁹⁹. Cf. DANIEL VAUGHAN-WHITEHEAD, “The European Social Models in times of crisis: An overview”, in *The european social model in crisis. Is Europe losing its soul?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2015, pp. 1-64. Em entrevista concedida em Lisboa em 2004, o antigo comissário JACQUES DELORS lembrou que “A construção europeia tem três finalidades: a paz, a modernização económica e a existência política. Mas é preciso acrescentar ainda outra: a coesão económica e social. Estou convencido dos benefícios deste princípio, traduzido no apego das populações à Europa. Se o negligenciarmos, a Europa não terá alma” (Cf. *Público*, 4 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://www.publico.pt/mundo/noticia/jacques-delors-a-europa-tem-uma-escolha-entre-o-declinio-e-a-sobrevivencia-1185105>). Acesso em: 5 de junho de 2016.

⁶⁰⁰. Cf. “La tradizione del costituzionalismo europeo e la recente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo”, in *Il conflitto sbilanciato: libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Cacucci, Bari, 2009, p. 10.

⁶⁰¹. Cf. MARIO GALOFARO, “La tradizione del costituzionalismo europeo e la recente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo”, cit. pp. 10-12.

⁶⁰². “As medidas político-jurídicas de combate e superação da crise económica desencadeada em 2008 deram lugar a um conjunto de decisões do Tribunal Constitucional — cerca de 30 — proferidas no período compreendido entre 2009 e 2015 vulgarmente conhecido — não obstante a imprecisão — como ‘jurisprudência da crise’” (Cf. PEDRO MACHETE, “A jurisprudência do tribunal constitucional em matéria laboral e as novas tendências do direito do trabalho”, in *Crise económica: fim ou refundação do direito do trabalho?*, AAFDL, Lisboa, 2016, p. 125).

⁶⁰³. MAURIZIO FERRERA assinala que a construção do Estado social em nível nacional e a progressiva integração

2. A tutela multinível dos direitos fundamentais no constitucionalismo europeu

A Segunda Guerra Mundial representou um ponto de viragem na concepção constitucional que vinha das declarações de direitos do século XVIII, em que o Estado figurava como o único garante dos direitos fundamentais. Na segunda metade do século XX, surgiram espaços de proteção para além das fronteiras nacionais, como o espaço internacional universal, os diversos espaços internacionais regionais e o espaço da União Europeia.⁶⁰⁴

económica em nível supranacional, que foram os objetivos políticos mais marcantes da segunda metade do século XX na Europa, assim como sua herança mais valiosa, estão em crise profunda e, mais recentemente, entraram em aparente rota de colisão, o que está a gerar inúmeras tensões e constitui fonte de decepção e hostilidade contra o projeto europeu. A oposição entre a proteção social em escala nacional e a integração económica em escala europeia articula-se em torno de quatro linhas de tensão. A primeira opõe a dimensão económica do processo de integração à dimensão social, em que a governação da União inclina-se em favor do mercado e em detrimento do *welfare* (“austeridade *versus* proteção social”). A segunda opõe os países centrais do ponto-de-vista económico aos países periféricos, ou seja, os países “credores” contra os países “devedores” (“Norte *versus* Sul”). A terceira relaciona-se com a imigração dos cidadãos da “Nova Europa” e opõe os países com *welfare* consolidado, generoso e custoso, e os países com *welfare* limitado, com baixo custo do trabalho e baixa regulação (“Leste *versus* Oeste”). A quarta linha de tensão é vertical: opõe as instituições supranacionais europeias aos governos nacionais e à respectiva soberania no âmbito estratégico da regulação do trabalho e dos sistemas nacionais de proteção social (“Bruxelas *versus* Estados-membros”). (Cf. *Rotta di colisione: euro contro welfare?*, pp. 3-5).

⁶⁰⁴ Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de direitos da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 37. “La tutela dei diritti impegna più ordinamenti, quello nazionale, quello comunitario, quello internazionale, costituendo, soprattutto per questi ultimi, una sorta di baluardo della società occidentale nella difesa di un patrimonio di valori comuni. I tre ordinamenti non solo operano su livelli diversi, sia pure con diverso grado di integrazione o, talora, di interferenza, ma, soprattutto nella tutela dei diritti dell'uomo, operano in base a differenti *rationes*, con differenti strumenti di tutela, dotati a loro volta di un diverso grado di effettività. Per l'ordinamento internazionale il XX secolo ha costituito

O constitucionalismo deixa de operar de maneira exclusiva no âmbito territorial do Estado e abrange níveis múltiplos de atuação, em que o constitucionalismo nacional se articula com o constitucionalismo global e com o constitucionalismo regional. A geometria constitucional liberta-se da visão formalista do espaço fechado e auto referencial para dar lugar a uma relação aberta e plural entre sistemas jurídicos, que ao mesmo tempo são intercomunicantes e heteroreferenciais.⁶⁰⁵

A complexa relação que se estabelece entre sistemas constitucionais autônomos e independentes conduz a uma abordagem que concebe um “constitucionalismo de níveis múltiplos”,⁶⁰⁶ um “constitucionalismo plural”,⁶⁰⁷ um “transconstitucionalismo”,⁶⁰⁸

la fase storica di impegno nella tutela dei diritti: tenendo di costruire una barriera per la loro violazione da parte degli Stati e, cercando di salvaguardarne gli *standards* minimi, il diritto internazionale ha perforato gli ordinamenti nazionali per traghettare in essi l'etica condivisa o, meglio, quel patrimonio di valori condivisi dei quali i diritti dell'uomo costituiscono l'essenza” (Cf. PAOLA BILANCIA, “Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti”. Disponível em: <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/multilivello-frontiere/index.html>. Acesso em: 15 de junho de 2016).

⁶⁰⁵ Cf. MARIA LUISA DUARTE, *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 320.

⁶⁰⁶ Cf. INGOLF PERNICE, “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, Walter Hallstein-Institut Paper 5/02. Disponível em: <http://whi-berlin.de/papers/2002.dhtml>. Acesso em 15 de junho de 2016.

⁶⁰⁷ Cf. MIGUEL POIARES MADURO, *A constituição plural — constitucionalismo e União Europeia*, Principia, Cascais, 2006, pp. 15-56.

⁶⁰⁸ Cf. MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, Martins Fontes, São Paulo, 2009. CARLOS BLANCO DE MORAIS observa que falta em Portugal uma teoria do “transconstitucionalismo” como a que MARCELO NEVES elaborou no Brasil, “sem grande impacto interno, é certo, não pelo valor teórico do escrito, mas pelo seu caráter inservível em potências regionais como o Brasil, onde impera o Direito Constitucional próprio de um Estado-Nação soberano, para o qual a integração regional é um instrumento de domínio económico. Mas o ‘transconstitucionalismo’ tem palco, relevo doutrinal e audiência política na Europa, pois serve, quer como discurso de domínio das organizações supranacionais e dos Estados ‘fortes’, quer como narração justificativa da debilidade e importância de certas elites autóctones dos Estados fracos, a quem interessa, por razões políticas ou

em que as ordens constitucionais de variados espaços políticos desenvolvem laços de diálogo num ambiente de respeito cultural e jurídico da realidade de cada esfera com o propósito de favorecer um elevado nível de proteção dos direitos humanos.

O paradigma do pluralismo constitucional se desenvolve sobretudo na Europa. O pluralismo constitucional europeu articula-se em três níveis de atuação, que são: i) as ordens jurídicas dos Estados-membros, com suas constituições e tribunais nacionais; ii) o sistema internacional europeu, que se organiza em torno da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e iii) o sistema da União Europeia, cujo eixo é a sua Carta de Direitos Fundamentais (CDFUE) e o Tribunal de Justiça (TJUE).⁶⁰⁹

A influência recíproca dessas esferas de constitucionalismo forma um conjunto de princípios e normas convergentes e transnacionais destinado a reforçar a proteção dos direitos fundamentais. Ao contrário da tradicional pirâmide das normas nacionais, a arquitetura dessa estrutura normativa não corresponde a um modelo hierarquizado, mas a um sistema cooperativo, em forma de rede,⁶¹⁰ em que a integração constitucional se articula de modo a definir os elementos de uniformidade e de diferenciação dos diversos ordenamentos integrados na proteção dos direitos fundamentais.⁶¹¹

financeiras, que os mesmos não alterem esse 'status'. É claro que frente a esse aluvião mole de sargaços que rodeiam e entorpecem as estruturas identitárias dos Estados ainda se escutam vozes lúcidas e de incontestável peso, com as que entendem que, frente a excessos de integração que possam diluir as identidades nacionais e as identidades constitucionais das nações, cumpre às Constituições ou aos tribunais equacionar o bloqueio" (Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional*, p. 761).

⁶⁰⁹. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, "A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português", Relatório apresentado na Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais Espanhol, Italiano e Português, Santiago de Compostela, 16-18 de outubro de 2014, p. 5.

⁶¹⁰. Cf. ANTONIO MANUEL HESPANHA, *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 438.

⁶¹¹. Cf. MARZIA BARBERA, "Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo", cit., p. 5; SOFIA OLIVEIRA PAIS, "O caso das pensões eslovacas: nótulas sobre o princípio do primado e o pluralismo constitucional", in *Estu-*

No plano nacional, estão as Constituições dos Estados-membros. Em Portugal, como efeito de um longo período de ditadura, que se estendeu dos anos 1920 até a Revolução dos Cravos, a Constituição de 1976 consagrou um amplo catálogo de direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais que foi gradativamente alargado por cada uma das revisões constitucionais, em alguns casos por força da influência da CEDH e da jurisprudência do TEDH.⁶¹²

A Constituição de Portugal tem um catálogo aberto, que não exclui quaisquer outros direitos fundamentais previstos em lei ou no Direito Internacional, com destaque para a CEDH.⁶¹³ Quanto ao Direito da União, a sua recepção no plano interno é feita de maneira autónoma em relação ao restante Direito Internacional e, desde que obedecidos os requisitos do artigo 8º, nº 4, da Constituição, prevalece sobre todas as normas internas, incluindo as constitucionais.⁶¹⁴

No plano internacional encontra-se a CEDH, um acordo internacional multilateral celebrado no âmbito do Conselho da Europa.⁶¹⁵ O sistema jurídico

dos de direito da União Europeia, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 75-76.

⁶¹². Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, "A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português", p. 10.

⁶¹³. "Face a uma norma da Convenção que, por hipótese, colida com a Constituição ao conceder liberdades ou direitos não previstos ou em termos mais amplos, o Estado português não pode ser obrigado a respeitá-la internamente, pois, antes de mais, está sujeito à Constituição. Mas, se ao agir no respeito da Constituição, violasse uma norma da Convenção, poderia vir a ser responsabilizada nos termos previstos por esta" (Cf. IRINEU CABRAL BARRETO, *A convenção europeia dos direitos do homem*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 35).

⁶¹⁴. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, "A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português", cit.; MIGUEL GALVÃO TELES, "Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das Comunidades Europeia — em particular sobre o artigo 8º, nº 4, da Constituição portuguesa", in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano — no centenário do seu nascimento*, Coimbra, 2006, pp. 300-301.

⁶¹⁵. Cf. PAOLA BILANCIA, "Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti", cit. Como se sabe, o Conselho da Europa foi instituído por um acordo internacional assinado em Londres, em 5 de maio de 1949, que passou a vigor em 3 de agosto do mesmo ano, a fim de realizar uma união mais estreita entre os seus membros. O seu

da CEDH abrange a própria Convenção, que está em vigor desde 1953, além de vários protocolos que, ao longo do tempo, acrescentaram novos direitos ou introduziram modificações na competência, na estrutura e no funcionamento de seus órgãos.⁶¹⁶

Ao contrário da Constituição Portuguesa, que consagra um amplo catálogo de direitos fundamentais, a CEDH restringe-se aos direitos civis e políticos. A maior parte dos direitos económicos e sociais foi relegada para a “Carta Social Europeia”, cuja força jurídica, entretanto, é bem inferior à Constituição Portuguesa, à CEDH e ao Direito da União Europeia.⁶¹⁷

objetivo é salvaguardar e promover os ideais e os princípios do património comum de seus membros e favorecer o progresso económico e social na Europa. Atualmente, 47 Estados europeus o integram, entre os quais todos os Estados-membros da União Europeia.

⁶¹⁶. Cf. IRINEU CABRAL BARRETO, *A convenção europeia dos direitos do homem*, pp. 22-32.

⁶¹⁷. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS e MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português”, cit., p. 18 “Adotada em 1989, a Carta dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, mais conhecida por Carta Social Europeia, estabeleceu os princípios sobre os quais o modelo de legislação de trabalho europeu se baseia e deu forma ao desenvolvimento do modelo social europeu na década seguinte. Os direitos sociais fundamentais declarados nesta Carta estão desenvolvidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que se tornou juridicamente vinculativa com a ratificação do Tratado de Lisboa. O preâmbulo do Tratado da União Europeia confirma a ligação dos Estados-Membros aos direitos sociais fundamentais, tal como definido na Carta Social Europeia, do seguinte modo: «*Confirmando o seu apego aos direitos sociais fundamentais, tal como definidos na Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de outubro de 1961, e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989 [...]*». Por outro lado, no artigo 151.º do Título X, denominado por Política Social, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), lê-se que: *A União e os Estados-Membros, tendo presentes os direitos sociais fundamentais, tal como os enunciam a Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de Outubro de 1961, e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989, terão por objetivos a promoção do emprego, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua harmonização, assegurando simultaneamente essa melhoria, uma proteção social adequada, o diálogo entre parceiros sociais, o desenvolvimento dos recursos humanos, tendo em vista um nível de emprego elevado e duradouro, e a luta contra as exclusões.*

No plano europeu está o Direito da União. A versão originária dos Tratados não continha um catálogo de direitos fundamentais, o que se explica na medida em que na sua origem as Comunidades tinham caráter eminentemente económico, com atribuições de natureza funcional, o que fazia supor que à proteção dos direitos fundamentais bastavam as soluções consagradas nas Constituições nacionais.⁶¹⁸

Contudo, cedo se percebeu que os direitos fundamentais tinham de se integrar na ordem jurídica das Comunidades, já que a dimensão dos poderes transferidos aos órgãos comunitários poderia levar à violação de direitos das pessoas, em particular a certos direitos económicos e sociais, bem como a direitos de liberdade ligados aos processos judiciais e administrativos de competência das Comunidades.⁶¹⁹

Depois de uma fase inicial de recusa, o Tribunal de Justiça acabou por incorporar os direitos fundamentais ao Direito da União pela via dos princípios gerais de Direito. Como resultado da jurisprudência que se elaborou ao longo de décadas, o quadro de proteção dos direitos fundamentais na União passou a abranger as tradições constitucionais dos Estados-membros, a CEDH e os demais instrumentos de Direito Internacional.⁶²⁰

A proteção dos direitos fundamentais, que se restringia ao plano do direito interno ou do direito internacional, passa a integrar o quadro do direito europeu. Ainda era uma proteção que não se equiparava

Como tal, a Carta Social Europeia pode ser utilizada pelo Tribunal de Justiça Europeu como um guia interpretativo em litígios relacionados com os direitos sociais e laborais. Esses litígios podem assumir a forma de ações legais por meio de referências dos tribunais nacionais, de acordo com o artigo 267.º do TFUE, desafiando os Estados-Membros em matéria de aplicação do direito da União, que poderia violar os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores previstos na Carta” (Cf. JOSÉ SILVA PENEDA e CATARINA BRAGA, *in Novo dicionário de termos europeus*, Aletheia, Lisboa, 2011, pp. 73-75).

⁶¹⁸. Cf. SOFIA OLIVEIRA PAIS, “A proteção dos direitos fundamentais na União Europeia”, *in Estudos de direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 138

⁶¹⁹. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português”, p. 19.

⁶²⁰. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português”, p. 20.

em termos de intensidade jurídica à que existia no direito interno dos Estados-membros. No começo dos anos 1990, o Tratado de Maastricht consagrou o princípio do respeito aos direitos fundamentais no Direito da União.⁶²¹ Depois, no Conselho Europeu de Nice de 2000, proclamou-se solenemente a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.⁶²²

Coube ao Tratado de Lisboa dotar a União Europeia de um catálogo de direitos fundamentais equivalente ao dos seus Estados-membros ao equiparar o estatuto jurídico da CDFUE ao dos Tratados (art. 6º, nº 1, do TUE).⁶²³ Além disso, o nº 3 do artigo 6º do TUE estabeleceu que os direitos fundamentais, tal como os garante a CEDH e as tradições constitucionais comuns dos Estados-membros, integram o Direito da União enquanto princípios gerais.⁶²⁴

Os direitos civis e políticos já integravam documentos internacionais como a CEDH e as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, pelo que foram acolhidos na CDFUE sem maiores divergências. A polémica ficou por conta da resistência à incorporação dos direitos sociais, o que encontra explicação na História e nas diferentes concepções existentes sobre esses direitos nas diversas tradições políticas e jurídicas dos Estados-membros.⁶²⁵

Apesar da oposição dos países nórdicos, Holanda, Irlanda e Reino Unido, que argumentavam que a inclusão dos direitos sociais na Carta criaria uma rigidez

que contrariava um ideal de flexibilidade existente em seus sistemas nacionais, assim como engessava o Estado social e permitia uma indesejada judicialização desses direitos,⁶²⁶ prevaleceu a posição dos franceses, italianos, belgas, espanhóis e da maioria dos alemães no sentido de consagrar esses direitos na CDFUE.⁶²⁷

Ainda que a CDFUE consagre um amplo catálogo de direitos fundamentais, sua aplicação está sujeita a alguns limites que restringem sua força jurídica, que são: i) os limites de atribuição de competências, ii) os limites de interpretação e iii) os limites de aplicação a certos Estados-membros.⁶²⁸ Apesar dessas restrições, é inegável que a CDFUE representa um avanço no sentido de reforçar a dimensão constitucional da União, uma vez que até o Tratado de Lisboa o estatuto jurídico da Carta não passava de “soft law”, ao passo que atualmente não só faz parte do “hard law” como é parâmetro de referência e de validade das demais normas da União.⁶²⁹

A convergência de sistemas jurídicos não significa uma total coincidência dos vários catálogos de direitos fundamentais e, muito menos, do conteúdo de

⁶²¹. Cf. SOFIA OLIVEIRA PAIS, “A proteção dos direitos fundamentais na União Europeia”, p. 142.

⁶²². Cf. ANTONIO GOUCHA SOARES, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: a proteção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 39-40.

⁶²³. Cf. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 195-203.

⁶²⁴. O nº 2 do artigo 6º do TUE ainda estabeleceu que a União adere à CEDH, propósito que, no entanto, foi obstado pelo Tribunal de Justiça, que, no Parecer nº 2/2013, de 18 de dezembro de 2014, concluiu que, por um conjunto de razões, em especial a sobreposição de competências, a proposta seria incompatível com o Direito da União (Cf. “Tribunal de Justiça da União Europeia, Parecer nº 2/13 – Menos Europa”. Disponível em: www.gddc.pt/noticias-eventos/artigo.asp?id=noticia.26511620141218&seccao=Not%EDcias_Imrensa. Acesso em: 15 de junho de 2016).

⁶²⁵. PEDRO ADÃO SILVA, “O futuro da política social europeia: entre eficácia e normatividade”, in *25 anos na União Europeia – 125 reflexões*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 557-561.

⁶²⁶. Cf. ANA ISABEL XAVIER, “Os Direitos Fundamentais no ‘diálogo europeu’: de Nice a Lisboa”, p. 5 Disponível em: <http://www.europe-direct-aveiro.aeva.eu/debateru-ropa>. Acesso em: 28 de junho de 2016.

⁶²⁷. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de direito da União Europeia*, p. 37.

⁶²⁸. Para a análise pormenorizada de cada um desses limites, ver ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de direito da União Europeia*, pp. 254-262.

⁶²⁹. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de direito da União Europeia*, cit., p. 262. Uma abordagem otimista defende que a passagem de um estatuto jurídico fraco para um estatuto jurídico forte terá repercussão no plano da efetividade dos direitos fundamentais, em ordem a influenciar a definição do ponto de equilíbrio dos direitos sociais com as liberdades económicas. Nesse sentido, argumenta-se com o art. 53 da Carta, que impede qualquer interpretação que leve ao rebaixamento do padrão nacional por meio da aplicação do direito europeu. Um enfoque pessimista sustenta que a passagem da condição de “soft law” para a de direito primário da União, com eficácia direta e imediata, nada acrescenta à tutela oferecida pela Carta de Nice, que proclama direitos sociais já consagrados nas constituições nacionais e em declarações internacionais. Prova disso é que nos casos *Viking* e *Laval* o Tribunal de Justiça manifestou largo reconhecimento dos direitos sociais de natureza coletiva e, mesmo assim, avançou um critério de equilíbrio com as liberdades económicas que acabou por prejudicar a efetividade dos direitos sociais.

cada um deles nos diversos ordenamentos.⁶³⁰ Daí a necessidade de um método de articulação, do qual resultou um princípio implícito de abertura da CDFUE ao sistema da CEDH e das tradições constitucionais dos Estados-membros.⁶³¹

Na forma do artigo 52º, nº 3, sempre que os direitos contidos na CDFUE coincidirem com os da CEDH, o seu sentido e alcance são idênticos, o que não impede que o Direito da União venha a conferir uma proteção superior à CEDH. O mesmo vale para as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros, com a ressalva do nº 4 do artigo 52, segundo a qual o Direito da União não prevalece sobre o direito nacional quando consagrar uma proteção mais ampla.⁶³² Por fim, o artigo 53º assegura o princípio geral de preferência pela norma de proteção mais favorável e a cláusula de não retrocesso,⁶³³ o que tem significativa relevância para Portugal, uma vez que o seu catálogo de direitos fundamentais é mais amplo do que os da CEDH e da CDFUE.

No plano jurisdicional, cada um desses sistemas de proteção dos direitos fundamentais tem o seu próprio mecanismo de controlo, que, por vezes, são complementares ou subsidiários uns dos outros e nem sempre coincidentes. A articulação entre os três sistemas opera tanto por meios institucionais, em que releva o processo das questões prejudiciais previsto no artigo 267º do TFUE,⁶³⁴ como por meio de um “diálogo judicial” entre os tribunais nacionais e os tribunais internacionais, o que se exterioriza na forma de redes judiciais encarregadas da troca de informações, da organização de colóquios e conferências, da publicação de livros sobre direitos fundamentais, da análise da jurisprudência dos demais tribunais.⁶³⁵

Nesse arranjo institucional, o Tribunal de Justiça da União atua como um tribunal constitucional quando exerce o controlo da constitucionalidade do direito derivado, quando salvaguarda os princípios do equilíbrio institucional, da subsidiariedade e da proporcionalidade, quando garante a repartição de atribuições entre os Estados-membros e a União Europeia, quando assegura a proteção dos direitos fundamentais.⁶³⁶ Conquanto caiba ao Tribunal de Justiça o papel mais importante na tutela dos direitos fundamentais ao nível da União, os tribunais nacionais, em geral, e os tribunais constitucionais, em particular, como tribunais comuns do Direito da União, também têm competência para aplicar as normas da União que consagram direitos fundamentais, o que pode gerar dúvidas e problemas sobre de quem é o poder para a “última palavra” sobre a violação ou não de um direito fundamental.⁶³⁷

O sistema de tutela judicial da CEDH permite que os indivíduos tenham acesso direto à jurisdição do TEDH. Nada obstante, só podem fazê-lo depois de esgotadas as instâncias nacionais. Apesar do peso

⁶³⁰. Entretanto, há um conjunto de direitos que é transversal aos três catálogos de direitos fundamentais — direito à vida, à integridade da pessoa, à liberdade, à segurança —, o que assenta não apenas numa herança cultural e jurídica comum aos povos europeus, mas também na recíproca influência dos vários níveis de proteção dos direitos fundamentais, como se verifica no conteúdo da CDFUE, que incorporou direitos da CEDH e das tradições constitucionais comuns aos Estados-membros (Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português”, p. 36).

⁶³¹. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português”, p. 37.

⁶³². Essa ressalva pode ter consequências em vários níveis, a começar por uma relativização do primado do Direito da União sobre os Direitos nacionais (Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português”, pp. 31-32).

⁶³³. Artigo 53º — Nível de proteção. Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

⁶³⁴. Sobre o processo das questões prejudiciais, ver, por todos, INÊS DE QUADROS, *A função subjectiva da competência prejudicial do Tribunal de Justiça*, Coimbra, Almedina, 2006.

⁶³⁵. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de direito da União Europeia*, p.255.

⁶³⁶. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português”, p. 30.

⁶³⁷. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português”, p. 31.

político de uma decisão desfavorável para os Estados que integram o sistema, na perspectiva do indivíduo a tutela jurisdicional oferecida pelo TEDH é limitada, uma vez que não permite proteção específica ao direito, mas apenas uma compensação financeira do dano, o que é sabidamente insuficiente, dado que, em geral, os direitos fundamentais protegem bens jurídicos sem função ou conteúdo patrimonial.⁶³⁸

⁶³⁸. “Admitamos que, em certos casos, o resultado final da operação possa proporcionar ao credor, por via oblíqua, utilidade equivalente a de que ele desfrutaria, se não ocorresse a lesão. Restam, porém, os outros — e são numerosos — em que o desfazimento é impossível (*quod factum est infectum fieri nequit*). Nesses, como prêmio de consolação, acena-se ao credor com o ressarcimento das perdas e danos, que nem sempre constituirá, ocioso frisá-lo, compensação adequada. E, ainda quando viável, será o próprio desfazimento, afinal de contas, meio sempre hábil para recompor, de forma perfeitamente satisfatória, a malha rompida pela violação? Nem todos os tecidos deixam costurar-se de tal arte que a cicatriz desapareça por inteiro (...) A gravidade do problema sobe de ponto quando se pensa nas relações jurídicas de conteúdo não patrimonial, nas situações em que o ordenamento substantivo reconhece ou atribui à pessoa uma vantagem insuscetível de traduzir-se com propriedade em termos pecuniários, ou exclusivamente tais. Basta pensar em certas categorias, longamente negligenciadas em contexto sócio-cultural desfavorável, típico — se quisermos fazer eco à denúncia do filósofo — de uma civilização mais voltada para o ter que para o ser, mas que nos últimos tempos vêm atraindo, com intensidade crescentes, a atenção de juristas inconformados com as lacunas de uma visão puramente economicista do intercâmbio humano. Recordem-se aqui os direitos da personalidade, cuja elaboração teórica permitiu à nossa cultura, como já se disse com bela fórmula, alcançar ‘um dos cimos da dimensão jurídica’ Desde as espécies clássicas — direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, ao nome, à própria imagem — até os mais modernos desdobramentos, como o direito à preservação da intimidade, cuja carência de proteção se reveste em nossos dias de tons dramáticos, ante o refinamento de certas técnicas, não há quem não perceba o caráter de franca mistificação que assume aí, em regra, uma tutela atuada em termos de simples compensação pecuniária. Certas coisas, sabe-o bem o povo, não há dinheiro que pague” (Cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “Tutela sancionatória e tutela preventiva”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, v. 19, 1979, pp. 118-119. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8826/6136>. Acesso em 25 de julho de 2016).

3. O primado do Direito da União Europeia e as constituições nacionais.

A relação que se estabelece entre o Direito da União e os Direitos nacionais é matéria estratégica para o processo de integração europeia e gravita em torno de duas questões fundamentais. Uma, é a difícil dialética que se estabelece entre a soberania dos Estados-membros e o poder político da União Europeia; a outra, é a maneira como o Direito da União se articula com os Direitos dos Estados-membros.⁶³⁹

Em termos sintéticos, o primado do Direito da União destina-se a definir a norma que prevalecerá quando um ato da União e um ato nacional dispõem de modo diferente sobre a mesma matéria.⁶⁴⁰ Embora o primado sobre o direito infraconstitucional não suscite maiores controvérsias, a primazia absoluta perante o direito constitucional nem sempre é reconhecida pelos tribunais constitucionais, que invocam a constituição nacional como limite e chamam a si o poder de decisão em caso de conflito entre a norma nacional e a norma da União, em especial quando está em causa a proteção dos direitos fundamentais.⁶⁴¹

O risco que o primado oferece para a tradicional função legitimadora da Constituição envolve o “núcleo essencial da Constituição”, ou seja, o seu conjunto de “princípios estruturantes” (v.g., o princípio democrático, o princípio da separação de poderes, o princípio do juiz natural, o princípio da tutela judicial efetiva) e de “valores primordiais” (v.g., a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a solidariedade social). Concretamente, no campo da proteção dos direitos fundamentais está em causa o princípio geral de preferência pela norma de proteção mais favorável e a cláusula de não retrocesso, assegurados pelo artigo 53º da CDFUE.⁶⁴²

⁶³⁹. Cf. ANTOINE VAUCHEZ, “Integration-Through-Law’: Contribution to a Socio-history of EU Political Commonsense”. Disponível em: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/8307/RSCAS_2008_10.pdf?sequence=1. Acesso em 24 de julho de 2016.

⁶⁴⁰. Cf. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, p. 510.

⁶⁴¹. Cf. SOFIA OLIVEIRA PAIS, “O caso das pensões eslovas: nótulas sobre o princípio do primado e o pluralismo constitucional”, in *Estudos de direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 71.

⁶⁴². Cf. MARIA LUISA DUARTE, *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, pp. 320-321.

As Constituições não consagram um padrão comum em relação ao primado do direito europeu. Algumas estabelecem como limite a “proteção dos direitos fundamentais”, o “princípio do Estado direito democrático” ou, em termos ainda mais amplos, os “princípios fundamentais da constituição nacional”.⁶⁴³ Nessa linha, o artigo 8º, nº 4, da Constituição Portuguesa condiciona a primazia do Direito da União ao respeito às competências atribuídas pelos Tratados e aos “princípios fundamentais do estado de direito Democrático”, o que abrange os direitos fundamentais,⁶⁴⁴ numa “fórmula muito elástica e de amplas virtualidades interpretativas, que acabam por conferir uma capacidade de manobra muito razoável às instâncias jurídicas nacionais, que sempre terão que ponderar em concreto o peso do princípio da integração europeia com o do princípio da soberania popular”.⁶⁴⁵

As reservas estabelecidas ao primado do direito europeu pelas constituições nacionais são geralmente reforçadas pela jurisprudência dos tribunais constitucionais,⁶⁴⁶ em que o exemplo mais notório é o Tribunal Constitucional alemão, que só admitiu deixar de fiscalizar os atos das instituições europeias desde que a proteção dos direitos fundamentais no plano da

União fosse equivalente à oferecida por sua ordem jurídica.⁶⁴⁷

De modo geral, o primado estará excluído se a proteção oferecida pela CDFUE for inferior à prometida pela Constituição, visto que o artigo 53º da CDFUE conjuga o princípio geral de preferência pela norma de proteção mais favorável e a cláusula de não retrocesso. Assim, num eventual conflito entre o artigo 28º da CDFUE, que admite o *lock-out*, e o artigo 57º, nº 4, da Constituição Portuguesa, que o proíbe, a interpretação do primeiro não poderá restringir a proteção que esta dispensa aos trabalhadores.⁶⁴⁸

O critério de articulação adotado pelo artigo 53º da CDFUE suscitou um coro de críticas. Primeiro, seria um “preceito desconcertante”, porque colocaria em causa o primado do Direito da União. Segundo, seria uma disposição de “aplicação impossível”, pois, ao condicionar a relação de preferência da norma mais favorável à verificação do critério de competência, lançaria o intérprete ao terreno movediço da delimitação do âmbito objetivo de aplicação da norma, o que implicaria um juízo prévio sobre o nível de proteção mais favorável. Terceiro, exigiria um raciocínio de extrema complexidade, cuja formulação obrigaria o Tribunal de Justiça a tomar posição sobre o direito interno, como se fosse um tribunal nacional.⁶⁴⁹

Ainda que se considere que o critério do artigo 53º da CDFUE não afeta o princípio do primado, que continua a ser garantia de aplicação uniforme do “direito comum” no espaço europeu, a verdade é que persistem dois problemas de particular complexidade: primeiro, a definição do que, perante um litígio concreto e numa situação de colisão de direitos, se deve considerar como “norma mais favorável”; segundo, definir se o juiz europeu deverá aplicar o direito constitucional dos Estados-membros, visto que a escolha

⁶⁴³. Cf. SOFIA OLIVEIRA PAIS, “O caso das pensões eslovacas: nótulas sobre o princípio do primado e o pluralismo constitucional”, p. 71.

⁶⁴⁴. Cf. MARIA LUISA DUARTE, *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, p. 327.

⁶⁴⁵. Cf. ANTONIO MANUEL HESPANHA, *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, p. 345.

⁶⁴⁶. “A Constituição funciona em relação a primado com um duplo efeito: 1) efeito habilitador ou legitimador, relativo à atribuição de competências necessárias à construção da União Europeia; 2) efeito limitador ou de reserva. A contradição entre ambos é meramente aparente. O âmbito da habilitação não pode extravasar os limites imanente à garantia do Estado de Direito. A ideia é simples nos seus pressupostos e firme nas respectivas consequências jurídicas: como o delegante está impedido de permitir o que a ele próprio a lei proíbe, também os Estados (soberanos) de Direito não podem atribuir competências à União que, em si mesmas ou em resultado de seu exercício abusivo, violem os princípios nucleares de configuração do sistema democrático e de proteção dos direitos fundamentais (Cf. MARIA LUISA DUARTE, *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, p. 320).

⁶⁴⁷. Atualmente, as reservas mais evidentes provêm de alguns tribunais constitucionais de Estados da Europa Central e do Leste, que invocam o défice democrático da União e a necessidade de manterem as suas competências em relação à proteção dos direitos fundamentais (Cf. SOFIA OLIVEIRA PAIS, “O caso das pensões eslovacas: nótulas sobre o princípio do primado e o pluralismo constitucional”, p. 71).

⁶⁴⁸. Cf. MARIA LUISA DUARTE, *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, cit., p. 334-335 e 344, nota nº 160.

⁶⁴⁹. Cf. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, nº 64, 2002, p. 43.

da “norma mais favorável” pressupõe a interpretação de normas e a avaliação de padrões jurídicos de diferente origem.⁶⁵⁰

Nesse quadro, uma questão estratégica para a operacionalidade do sistema multinível de proteção dos direitos fundamentais é saber de qual tribunal é o poder de decisão para resolver conflitos de direitos quando está em causa a proteção dos direitos fundamentais — Tribunal Constitucional ou Tribunal de Justiça. A pergunta não comporta resposta unívoca e depende do ângulo de análise adotado, o do Direito da União ou o da Constituição.⁶⁵¹

Na perspectiva do direito europeu, a “última palavra” caberia ao Tribunal de Justiça, competindo-lhe aferir se a União exerceu seus poderes dentro dos limites que lhe foram atribuídos pelos Tratados ou se violou os princípios do Estado Democrático de Direito. Argumenta-se que o pluralismo constitucional implica uma revolução na prática constitucional dentro e além do Estado, de modo que, em vez de decidirem de imediato, os tribunais constitucionais devem promover o reenvio da questão prejudicial para o Tribunal de Justiça, que, na aplicação do Direito da União, deve ter em conta as constituições nacionais e as posições dos tribunais constitucionais para solucionar o conflito. Essa solução justificar-se-ia por um imperativo de uniformidade na interpretação do Direito da União, pois, se as constituições nacionais puderem ser invocadas para justificar uma aplicação seletiva das normas da União, arrisca-se alterar a conformidade da ordem jurídica europeia com as tradições constitucionais comuns dos Estados-membros.⁶⁵²

Na perspectiva da Constituição, a “última palavra” caberia ao Tribunal Constitucional, que é o guardião dos “princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito”, competindo-lhe apurar

se os poderes transferidos para a União foram ou não ultrapassados. Em Portugal, o artigo 8º, nº 4, da Constituição representa apenas uma “pretensão” do Direito da União a ter aplicação interna, o que sempre depende do respeito aos requisitos estabelecidos na Constituição. Daí que os tribunais portugueses não devem, nem podem efetuar o reenvio prejudicial, seja de interpretação, seja de validade, competindo-lhes a “última palavra” sobre eventual violação aos limites que são impostos ao direito europeu no confronto com os “princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito”. A harmonia das ordens jurídicas da União e nacionais é um valor estratégico para o processo de integração europeia, mas está condicionado ao respeito da divisão de competências entre os Estados-membros e a União.⁶⁵³

O Tribunal Constitucional de Portugal ainda não teve oportunidade de questionar o Tribunal de Justiça sobre a validade e a interpretação do Direito da União. A razão é que o processo das questões prejudiciais tem cabimento apenas quando existe dúvida na interpretação e o Direito da União for relevante para a decisão final e, nos casos em que se postulou a intervenção do Tribunal Constitucional, a norma invocada não suscitou dúvida de interpretação ou não foi considerada relevante para a decisão do caso.⁶⁵⁴

Todavia, parece ser remota a hipótese de o Tribunal Constitucional convocar a intervenção do Tribunal de Justiça por meio do processo das questões prejudiciais em matéria de direitos fundamentais. Seja porque o catálogo da Constituição portuguesa é mais amplo do que o da CDFUE, pelo que o direito europeu estará sempre contido no direito nacional, seja porque a consagração da doutrina do contralimite afastaria do Tribunal de Justiça a “última palavra” sobre eventual conflito entre os direitos fundamentais que integram o sistema multinível europeu.

⁶⁵⁰. Cf. MARIA LUISA DUARTE, *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, p. 338.

⁶⁵¹. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português”, p. 38.

⁶⁵². É a opinião de MIGUEL POIARES MADURO, exposta como advogado-geral do Tribunal de Justiça nas conclusões do caso Arcelor (C-127/07) (Cf. SOFIA OLIVEIRA PAIS, “O caso das pensões eslovacas: nótulas sobre o princípio do primado e o pluralismo constitucional”, p. 76-77).

⁶⁵³. Cf. MIGUEL GALVÃO TELES, “Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das Comunidades Europeia — em particular sobre o artigo 8.º, nº 4, da Constituição portuguesa”, pp. 322-323.

⁶⁵⁴. Cf. CATARINA SARMENTO E CASTRO / FILIPA VICENTE SILVA, “Cooperação dos tribunais constitucionais na Europa — situação atual e perspectivas”, Relatório apresentado ao XVI Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, 2014, p. 18.

4. Algumas críticas ao pluralismo constitucional no âmbito da União Europeia.

A grande virtude do pluralismo constitucional seria a de reforçar a proteção dos direitos fundamentais. Além de permitir ultrapassar eventuais lacunas que existem em cada um de seus níveis, o modelo criaria as bases necessárias para a consolidação de um direito comum europeu no campo dos direitos fundamentais. Outra vantagem seria alcançar sujeitos que, nos modelos clássicos, em que o Estado é o único garante dos direitos fundamentais, nunca o seriam, como é o caso das instituições, órgãos e agências da União Europeia. Ademais, a multiplicação de jurisdições facilitaria o acesso à Justiça, que não estaria restrito aos tribunais nacionais.⁶⁵⁵

Em sentido oposto, pondera-se que a fragilidade do pluralismo constitucional reside justamente nos riscos que oferece à proteção dos direitos fundamentais. São vários os receios. A um, nada assegura que a multiplicação de catálogos de direitos contribua para a promoção da dignidade das pessoas, que pode gerar até maior incerteza e segurança. A dois, a diversidade de direitos fundamentais em cada um dos catálogos pode fomentar colisões de direitos, cuja solução fica na dependência de jurisdições que integram ordens jurídicas distintas. A três, a pluralidade de jurisdições pode encarecer e prolongar o processo, além de aumentar o risco de decisões contraditórias, que afetam o prestígio e a confiança no sistema judiciário.⁶⁵⁶ A quatro, arrisca-se substituir o sentimento de hierarquia, ordem e efeito útil do constitucionalismo moderno pela “fragmentação caótica” e incoerente do pluralismo, o que favoreceria as soluções das ordens jurídicas mais fortes sobre as mais fracas, comprometeria a unidade interna da ordem jurídica e levantaria graves problemas de segurança jurídica.⁶⁵⁷

Por essa perspectiva crítica, o pluralismo constitucional seria um instrumento que serviria, por um lado, ao discurso de domínio da União Europeia e dos Estados “fortes” do Norte e, por outro lado, à narração justificativa da debilidade e impotência de certas elites de Estados “fracos” do Sul, a quem interessa, por razões políticas ou financeiras, que esse quadro se mantenha inalterado.⁶⁵⁸

Essa fragilidade estaria nítida na proteção de direitos sociais associados à regulação do trabalho e da segurança social, em que o sistema multinível combina normas nacionais e europeias cujas finalidades nem sempre são convergentes.⁶⁵⁹ Ao contrário da orientação tradicional dos sistemas nacionais, construídos ao longo do século XX com os objetivos de demarcar limites ao poder económico e de reduzir as desigualdades sociais, o direito europeu em matéria social formou-se como um direito de equilíbrios e de compromissos, destinado a conjugar fins de carácter social com os interesses das empresas e do mercado comum de inspiração liberal.⁶⁶⁰

Em função desse código genético, o direito social europeu tem em mira dois grandes objetivos. O primeiro é intervir nas normas nacionais de forma a eliminar os obstáculos ao funcionamento do mercado interno, às liberdades de circulação e à livre-concorrência, mediante as técnicas de “harmonização negativa” e de “harmonização positiva”. O segundo lugar é legitimar o projeto europeu mediante a integração nominal e retórica dos direitos sociais em seu sistema jurídico.

O resultado dessa divergência é uma tensão constante entre a proteção social no plano nacional, que busca concretizar os direitos sociais contidos nas Constituições, e a regulação no plano europeu, que se destina a privilegiar razões económicas que, no entanto, nem sempre guardam harmonia com os direitos sociais.⁶⁶¹

⁶⁵⁵. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português”, p. 34.

⁶⁵⁶. Cf. ANA MARIA GUERRA MARTINS / MIGUEL PRATA ROQUE, “A tutela multinível dos direitos fundamentais — a posição do Tribunal Constitucional Português”, p. 35.

⁶⁵⁷. Cf. SOFIA OLIVEIRA PAIS, “O caso das pensões eslovacas: nótulas sobre o princípio do primado e o pluralismo constitucional”, pp. 77-78.

⁶⁵⁸. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional*, p. 761.

⁶⁵⁹. Cf. ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ / ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ, *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridade: la UE contra el constitucionalismo social*, Albacete, Bomarzo, 2014, p. 18 e 64.

⁶⁶⁰. Cf. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito social da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 105-106.

⁶⁶¹. Cf. ADORACIÓN GUAMÁN HERNÁNDEZ / ALBERT NOGUERA FERNÁNDEZ, *Derechos sociales, integración*

A verdade é que subjacente ao pluralismo constitucional persiste a difícil dialética que se estabelece entre a soberania dos Estados-membros e o poder político da União, cuja síntese se torna ainda mais difícil em um momento de crise profunda e num ambiente político marcado por tensões que minam a confiança nas instituições europeias.⁶⁶² Ainda que se conceda que as vantagens possam compensar os riscos, os perigos do sistema multinível de proteção dos direitos fundamentais não devem ser negligenciados, sobretudo na perspectiva dos direitos sociais, cuja trajetória de afirmação no Direito da União Europeia é constituída por sucessivos avanços e recuos.

5. Os direitos sociais e os constrangimentos da governação económica da União

A “governação económica” é o nome atribuído a um conjunto de instituições e de procedimentos cujo objetivo é coordenar as políticas económicas nacionais, prevenir e corrigir tendências problemáticas que possam impedir o crescimento e ameaçar o equilíbrio da economia no âmbito da União Europeia.⁶⁶³

económica y medidas de austeridade: la UE contra el constitucionalismo social, p. 19.

^{662.} “A crise do euro, e o conflito que lhe está subjacente, provocaram imensas fissuras no corpo constituinte da União que serão, porventura, difíceis de sarar. De entre essas, a confiança entre os Estados-membros. Não apenas a confiança entre os governos dos Estados-membros, mas também a confiança entre os cidadãos de diferentes Estados-membros, em virtude da leviandade com que alguns dirigentes nacionais geriram o discurso político sobre a crise do euro, não se inibindo de arrazoar contra certos países e povos da moeda única, por motivos que relevavam da agenda política interna. A confiança entre países e povos europeus terá sido uma das maiores realizações do processo de construção europeia, paulatinamente alicerçada ao longo de seis décadas. Todavia, os danos causados neste capital político da União deixarão marcas profundas no relacionamento entre Estados-membros e cidadãos europeus” (Cf. ANTONIO GOUCHA SOARES, *Euro: e se a Alemanha sair primeiro?*, Temas e Debates – Círculo de Leitores, Lisboa, 2016, p. 71).

^{663.} Cf. ALICE ZOPPE, “Governança económica”, in *Fi-chas técnicas sobre a União Europeia*, Disponível em:

O modelo de governação da União Económica e Monetária é marcado por um desequilíbrio institucional entre a *vertente monetária*, de competência da União, e a *vertente económica*, de competência nacional. Embora a preservação da política económica na esfera de competência dos Estados-membros ampare-se no princípio da subsidiariedade, dado que as realidades nacionais se diferenciam do ponto-de-vista económico, social e cultural, o êxito da união monetária depende de um nível mínimo de coerência e de coesão do espaço económico europeu.⁶⁶⁴

O principal instrumento normativo para assegurar a estabilidade económica e a disciplina fiscal da União é o Pacto de Estabilidade e Crescimento — PEC, celebrado em 1997 com o objetivo de reforçar a supervisão e a coordenação das políticas orçamentais e económicas dos Estados-membros para o fim de assegurar o cumprimento dos limiares do défice orçamental (3% do PIB) e da dívida pública (60% do PIB) estabelecidos pelo Tratado de Maastricht.⁶⁶⁵

<http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_4.1.4.html> Acesso em: 23.mai.2016. “Governance è un’espressione ambigua e indefinita e che ha ormai assunto un carico ideologico almeno pari alla sua indeterminatezza. Un lemma divenuto corrente nei documenti di istituti e agenzie internazionali come l’ONU, l’Organizzazione Mondiale per il Commercio, la Banca Mondiale, l’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, l’Unione Europea a partire dalla fine degli anni ’80 del secolo scorso. Con *governance* si intende una modalità di gestione politica distinta e per molti versanti alternativa a quello del *government* statale. La prima rivendica l’orizzontalità nelle relazioni tra gli attori, la flessibilità e adattività dei processi e una natura “inclusiva”, perché consensuale e *policy oriented* obiettando alla seconda la sua natura gerarchica e burocratica” (Cf. ALESSANDRO ARIENZO, “Governance economica della politica e nuove democrazie di mercato”, in *Astrolabio. Revista Internacional de Filosofia*, Universidade de Barcelona, 2016, n° 18, p. 91. Disponível em: <file:///C:/Users/salva/Downloads/311841-440998-1-SM.pdf>. Acesso em 31 de agosto de 2016).

^{664.} Cf. PAULA VAZ FREIRE, *Mercado interno e união económica e monetária: lições de direito económico da União Europeia*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 272.

^{665.} A União Económica e Monetária constitui o quadro institucional para a integração económica na União. Consagrada no Tratado de Maastricht, exprime-se em torno de quatro pilares: i) a coordenação das políticas económicas dos Estados-membros; ii) a coordenação das políticas orçamentais, em especial através da fixação de limites máximos para a dívida e o défice públicos;

Apesar de concebido para prevenir e retificar desvios aos limiares máximos de défice e de dívida pública, o método de tomada de decisão, assim como o carácter e o momento da aplicação de sanções, tornou o PEC um instrumento de reduzido efeito dissuasor.⁶⁶⁶ Com a crise, evidenciou-se a necessidade de um modelo de governação económica mais eficiente, melhor preparado para lidar com os volumosos desequilíbrios fiscais, financeiros e estruturais que se acumularam ao longo dos anos.⁶⁶⁷

De modo a superar as fragilidades, fomentar o crescimento económico e a criação de emprego, a União cuidou de reforçar o sistema de órgãos e de procedimentos de coordenação do PEC por meio de um conjunto de medidas — o *Pacto Euro +*, o *Two Pack*, o *Six Pack* e o *Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governação na União Económica e Monetária*, o chamado *Tratado Orçamental* —, que se aplicam a diversas áreas, incluindo as políticas orçamentais, as questões macroeconómicas, a gestão de crises, a supervisão macrofinanceira e os investimentos.⁶⁶⁸

A maneira como se encaminhou o enfrentamento da crise pode ser classificada em três fases: a *financeira*, a *expansionista* e a da *austeridade*, que correspondem às sucessivas reformas efetuadas no quadro da governação económica. Assim que a economia começou a dar sinais de recuperação após a crise da dívida pública da Grécia e do sistema bancário, o foco deslocou-se para a estabilidade da Zona Euro e para a recuperação da “confiança dos mercados” pela via da “consolidação orçamental” coordenada em toda a União, o que assinala o início da *fase de austeridade*.⁶⁶⁹

iii) a política monetária, aplicada pelo Banco Central Europeu, e iv) a moeda única (Cf. ALICE ZOPPÉ, “Governação económica”, in *Fichas técnicas sobre a União Europeia*).

⁶⁶⁶ Cf. PAULA VAZ FREIRE, *Mercado interno e união económica e monetária: lições de direito económico da União Europeia*, p. 282.

⁶⁶⁷ Cf. ANDRE SAPIR / GUNTRAM WOLFF, “Governança da zona euro: o que reformar e como”, in *A Crise do euro*, Don Quixote, Alfragide, 2015, p. 9.

⁶⁶⁸ Cf. ANTONIO GOUCHA SOARES, “A reforma da governação económica da UE: o coleto de regras europeias”, in *Relações Internacionais*, pp. 80–81.

⁶⁶⁹ Cf. ANA COSTA / JOSE CASTRO CALDAS, “A União Europeia e Portugal entre os resgates bancários e a austeridade: um mapa das políticas e das medidas”, in *A economia política do retrocesso: crise, causas, objetivos*,

Nesse estágio, a meta é o aprimoramento da coordenação da política económica para melhorar a competitividade necessária a um maior nível de convergência das economias da Zona Euro. A ideia é que a competitividade e a disciplina orçamental seriam complementares e passariam por “reformas estruturais tendentes ao crescimento”, isto é, por medidas de maior flexibilidade do mercado de trabalho e de liberalização dos mercados de serviços e produtos.⁶⁷⁰

A *fase de austeridade* representa o momento mais sensível para a proteção dos direitos sociais, uma vez que os constrangimentos impostos aos orçamentos dos Estados-membros na estratégia de combate ao défice e à dívida pública têm resultado em profundas alterações nos modelos nacionais de proteção social e de regulação do trabalho.⁶⁷¹ As instituições da União mostram-se empenhadas em apontar aos Estados em dificuldades as estratégias e medidas de ajustamento que, em geral, se traduzem em convites explícitos ao redimensionamento do modelo de segurança social e de regulação do trabalho.⁶⁷²

A resistência do modelo social é posta seriamente à prova, em especial nos Estados-membros com elevadas dívidas públicas, baixa produtividade e reduzido crescimento económico, como sucede com os países do Sul da Europa.⁶⁷³ Ao mesmo tempo em que se difunde a ideia de uma inevitável compressão dos custos sociais de forma a equilibrar os orçamentos nacionais, revigoram-se as teorias neoliberais sobre

coordenação de José Reis, Almedina-CES/Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, pp.87–88.

⁶⁷⁰ Cf. ANA COSTA / JOSE CASTRO CALDAS, “A União Europeia e Portugal entre os resgates bancários e a austeridade: um mapa das políticas e das medidas”, cit., p. 91.

⁶⁷¹ Cf. ANA COSTA / JOSE CASTRO CALDAS, “A União Europeia e Portugal entre os resgates bancários e a austeridade: um mapa das políticas e das medidas”, p. 91. “Il problema di fondo resta quello di superare la fase di ‘austerità permanente’, in cui le economie più sviluppate sembrano essere cadute negli ultimi anni” (Cf. FULVIO CONTI / GIANNI SILEI, *Breve storia dello stato sociale*, p. 233).

⁶⁷² Cf. GIANCARLO RICCI, “La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)”, I working papers, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”, Università degli Studi di Catania, n° 88/2011, p. 27.

⁶⁷³ Cf. GIANCARLO RICCI, “La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)”, p. 25.

a necessidade de enfraquecimento dos direitos sociais para o fim de aumentar a competitividade e acelerar a recuperação económica.⁶⁷⁴

Enquanto não se considerar uma dimensão comum das políticas económicas, fiscais e financeiras que permita cogitar de uma política social integrada, o modelo social permanecerá sob intensa pressão, tanto numa dimensão supranacional, o que resulta das forças da globalização, como numa dimensão nacional, o que resulta das forças da austeridade.⁶⁷⁵ Nesse cenário, a fragilização do modelo social europeu é o resultado previsível de um processo de integração setorial que avançou no plano económico e jurídico e deixou em aberto uma série de importantes questões institucionais.

6. O papel dos tribunais: ativismo judicial e contralimites ao poder europeu

É sabido que o modelo da tutela multinível é orientado a conferir aos princípios um papel central na solução dos conflitos que decorrem da intersecção de ordenamentos jurídicos de variados níveis. Os tribunais têm um papel estratégico, seja assumindo ou substituindo a função “política” de árbitro último da compatibilidade entre normas, seja definindo o conteúdo de direitos que, imersos no Direito da União, estão em um processo de “mutação morfológica” em relação aos contextos axiológicos das Constituições nacionais.⁶⁷⁶

A afirmação de um catálogo de direitos fundamentais ao nível europeu, que serviria como fronteira de uma relação virtuosa entre a integração económica no plano europeu e a afirmação do Estado social no plano nacional, foi o “mantra” mais repetido na defesa dos direitos sociais nos anos que antecederam o Tratado de Lisboa. Confiava-se que a CDFUE, ao assumir o mesmo valor jurídico dos Tratados, passaria

a exercer no Direito da União o papel tradicional que as cartas de direitos desempenham no espaço nacional. Ao mesmo tempo em que serviria para reforçar uma garantia mínima aos direitos sociais no plano nacional, poderia abri-los à descoberta de novos significados por meio de um processo de “cross-fertilization”.⁶⁷⁷

Contudo, na mesma época em que o Tratado de Lisboa reforçou o estatuto jurídico da CDFUE, emerge a crise das dívidas soberanas. A crise torna-se um ponto de rotura na medida em que as restrições aos direitos sociais não resultariam mais nem das escolhas políticas dos Estados, nem de disputas sobre modelos de justiça distributiva, nem da escassez dos recursos públicos. Decorreriam do “despotismo” dos mercados financeiros, que, situados para além do poder de controlo dos Estados, possuem a capacidade de condicionar as políticas públicas.

Conforme essa narrativa, a crise irrompe na história como um “deus ex machina”, sem que se perceba ao certo se sua representação como um evento exógeno, inevitável, corresponde a um dado da realidade ou a um modo sofisticado para exorcizar a responsabilidade política das elites europeias, incapazes de chegar a uma regulação eficaz do mercado em conformidade com os objetivos do Tratado de Lisboa.⁶⁷⁸

O cenário da crise converte-se no palco do confronto entre os dois modelos de constitucionalismo.⁶⁷⁹ Ao constitucionalismo formal ou “vigente” do Estado de Direito, ancorado na Constituição e cujo núcleo é a afirmação da democracia e dos direitos fundamentais, contrapõe-se um constitucionalismo material ou “vivente” que, induzido por um suposto risco de colapso do financiamento das obrigações do Estado, acena com um drástico redimensionamento dos direitos sociais e dos serviços públicos que lhe dão

⁶⁷⁴. Cf. GIANCARLO RICCI, “La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)”, pp. 25-26.

⁶⁷⁵. Cf. GIANCARLO RICCI, “La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)”, p. 28.

⁶⁷⁶. Cf. GIORGIO FONTANA, “Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa”, p. 26.

⁶⁷⁷. Cf. MARZIA BARBERA, “Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo”, p. 5.

⁶⁷⁸. Cf. GIORGIO FONTANA, “Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa”, *cit.*, p. 7. “I diritti — anche i diritti fondamentali — sono la risultante di affermazioni che si collocano sul piano immanente delle concrete condizioni sociali ed economiche della realtà che li esprime ed è probabilmente illusorio pensare che, in quanto iscritti nelle Carte costituzionali, essi possano dirsi al riparo dal potere dei mercati” (*Idem*, p. 21).

⁶⁷⁹. Cf. GIORGIO FONTANA, “Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa”, p. 21.

suporte e substitui a segurança jurídica no campo dos direitos sociais pelo primado da imprevisibilidade.⁶⁸⁰

Ao argumento de um “estado de exceção financeira”, seguem-se duas formas de intervenção do Estado em relação às situações e aos direitos adquiridos, em que o princípio da confiança é usado de maneira seletiva. A primeira, assegura a proteção de certos direitos, nomeadamente os direitos de propriedade e os derivados de contratos entre particulares; a segunda, leva à precarização geral de outros direitos, o que abrange as prestações sociais do Estado e, no cenário da crise, também os salários e outras condições de trabalho em nome do imperativo de “competitividade”.⁶⁸¹

Como em um espelho, os argumentos jurídicos reproduzem a disputa política entre quem quer que a União Europeia se baseie sobre a tradição do constitucionalismo democrático europeu, de vocação social, e quem pretende que ela se baseie sobre um liberalismo desregulatório. Os primeiros tendem a valorizar o elemento formal das Constituições, enquanto os segundos, que sabem inviável uma modificação formal que venha a consagrar a filosofia que defendem, buscam “distrair a atenção” quanto a este pressuposto jurídico.⁶⁸²

Enquanto os primeiros defendem que, existindo constituições e leis, as medidas de ajustamento económico têm que as respeitar, sobretudo numa área clássica de aplicação do princípio da legalidade estrita, como são o direito orçamental e fiscal, os segundos consideram bizarro que um tribunal venha a decidir sobre opções de políticas de rendimentos em momentos de grave crise económica ou financeira. Nessas situações, sustentam que caberia ao governo e ao legislador, legitimados pelo voto popular, decidir sobre o cabimento das políticas de ajustamento, cumprindo ao direito ceder perante as leis da economia e

da suprema necessidade.⁶⁸³ Como possuem conteúdo indeterminado, os princípios constitucionais devem operar como “normas de controlo” de baixa intensidade, pelo que, na dúvida sobre a política mais adequada para enfrentar a crise económica, deve prevalecer a solução escolhida pelo legislador.⁶⁸⁴

Numa ironia da História, a crise faz ressurgir na retórica de uma certa direita o velho discurso da esquerda revolucionária, segundo o qual o direito e os tribunais seriam fatores de bloqueio do progresso. No ambiente da “revolução conservadora” que embalou nos anos 1980 e 1990 com os governos de Margaret Thatcher e Ronald Reagan,⁶⁸⁵ o modelo jurídico volta a ser acusado de ser a expressão constitucional do verdadeiro conservadorismo, agora representado por empregados, funcionários públicos, reformados, beneficiários da segurança social, ou seja, todos aqueles

⁶⁸³. Cf. ANTONIO MANUEL HESPANHA, “Rumos do constitucionalismo no século XXI: constitucionalismo, pluralismo e neoliberalismo”, in *As conferências do CEJ*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 17.

⁶⁸⁴. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional*, p. 743.

⁶⁸⁵. “Imagine if the people of the Soviet Union had never heard of communism. The ideology that dominates our lives has, for most of us, no name. Mention it in conversation and you’ll be rewarded with a shrug. Even if your listeners have heard the term before, they will struggle to define it. Neoliberalism: do you know what it is? Its anonymity is both a symptom and cause of its power. It has played a major role in a remarkable variety of crises: the financial meltdown of 2007–8, the offshoring of wealth and power, of which the Panama Papers offer us merely a glimpse, the slow collapse of public health and education, resurgent child poverty, the epidemic of loneliness, the collapse of ecosystems, the rise of Donald Trump. But we respond to these crises as if they emerge in isolation, apparently unaware that they have all been either catalysed or exacerbated by the same coherent philosophy; a philosophy that has — or had — a name. What greater power can there be than to operate namelessly? So pervasive has neoliberalism become that we seldom even recognise it as an ideology. We appear to accept the proposition that this utopian, millenarian faith describes a neutral force; a kind of biological law, like Darwin’s theory of evolution. But the philosophy arose as a conscious attempt to reshape human life and shift the locus of power” (Cf. GEORGE MONBIOT, “Neoliberalism — the ideology at root of all our problems”, in *The Guardian*, 15 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/books/2016/apr/15/neoliberalism-ideology-problem-george-monbiot>. Acesso em: 22 de julho de 2016.

⁶⁸⁰. Cf. ANTONIO CASIMIRO FERREIRA / JOSE MANUEL PUREZA, “Estado de direito ou estado de exceção: a justiça constitucional face ao questionamento do estado social”, in *A economia política do retrocesso*, p. 283.

⁶⁸¹. Cf. ANTONIO HESPANHA, “A revolução neoliberal e a subversão do ‘modelo jurídico’. Crise, direito e argumentação jurídica”. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n.º 130, 2012, pp. 9–80.

⁶⁸². Cf. MARIO GALOFARO, “La tradizione del costituzionalismo europeo e la recente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo”, p. 10.

que pretendem manter as conquistas do Estado social contra as leis de mercado.⁶⁸⁶

Nesse embate, como “fronteira defensiva” frente à força expansiva do poder europeu contra os direitos sociais, há quem invoque a “doutrina dos contralimites”, que se desenvolveu por obra do Tribunal Constitucional italiano e que, em uma palavra, representa a imposição de “limites às limitações de soberania nacional”.⁶⁸⁷ A ideia central é que o primado do direito europeu não é absoluto, uma vez que não se sobrepõe à Constituição e ao respectivo catálogo de direitos fundamentais de cada Estado-membro.⁶⁸⁸ A plena eficácia dos direitos sociais em face das liberdades económicas dependeria da atuação dos tribunais constitucionais em impor barreiras jurídicas ao poder europeu que venha a reduzir a eficácia dos direitos sociais no plano nacional, como sucedeu, por exemplo, no final da década passada com os julgamentos do Tribunal de Justiça nos casos *Viking*, *Laval* e *Rüffert*.⁶⁸⁹

⁶⁸⁶. Cf. ANTONIO MANUEL HESPANHA, “Rumos do constitucionalismo no século XXI: constitucionalismo, pluralismo e neoliberalismo”, p. 18.

⁶⁸⁷. A doutrina dos contralimites tem por objeto a desconformidade do direito europeu com as normas constitucionais dos Estados-membros, no que toca ao efeito interno daquele direito ou à sua aplicabilidade pelos tribunais do Estado-membro cuja Constituição se encontre em causa. Além do Tribunal Constitucional italiano, a doutrina dos contra limites no domínio dos direitos fundamentais foi adoptada pelo Tribunal Constitucional alemão e, de forma mais recente, pelo Tribunal Constitucional espanhol e pelo Conselho Constitucional francês (Cf. PIERRE BON, “La identidade nacional o constitucional: una nueva noción jurídica”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 100, 2014, pp. 167-175).

⁶⁸⁸. Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL / NUNO PIÇARRA, “O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito na União Europeia: uma ‘evolução na continuidade’”, pp. 17-18.

⁶⁸⁹. Em termos sintéticos, debateu-se o ponto de equilíbrio entre o direito de greve e de atuação coletiva dos sindicatos com algumas liberdades económicas consagradas nos Tratados. As diferenças entre os sistemas de proteção social dos Estados envolvidos — os de *origem* e os de *destinação* dos trabalhadores — levou o tribunal a considerar o risco do *dumping* social na prestação transnacional de serviços. Ainda assim, concluiu que a possibilidade de os Estados-membros estenderem a sua legislação social aos trabalhadores destacados de outro Estado-membro, ao fim de realizar a máxima tutela possível do trabalhador, é ilegítima se traduzir restrição

Embora o ativismo da Corte de Luxemburgo tenha contribuído no passado para conferir uma dimensão mais humana ao projeto de integração europeia, especialmente em matéria social,⁶⁹⁰ a verdade é que a jurisprudência mais recente assumiu outro colorido, bem mais conservador na definição do equilíbrio entre o poder social e o económico,⁶⁹¹ a ponto de se falar na “confiança perdida” no Tribunal de Justiça, o que, a par de outros fatores, estaria a fomentar uma tendência de retorno à identidade constitucional nacional.⁶⁹²

Num ambiente de tensão institucional e de “confiança perdida” nos juízes de Luxemburgo, o recurso extremo da “doutrina dos contralimites” justificar-se-ia pelo temor de que a gramática dos direitos sociais confiada à interpretação do Tribunal de Justiça venha a levar, ao longo do tempo, a um empobrecimento não apenas da função que desempenham no espaço europeu, mas concretamente de sua específica identidade nacional, com a redução da intensidade da proteção que os tribunais constitucionais lhes oferecem nos respectivos sistemas jurídicos.⁶⁹³

à liberdade de prestação de serviços das empresas. Em essência, consolidou o entendimento de que a atuação coletiva dos trabalhadores não pode prejudicar as liberdades económicas (Cf. IVAN INGRAVALLO, “La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?”, in *Il conflitto sbilanciato — libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, cit., pp. 35-36; Cf. ANTONIO BAYLOS / NUNZIA CASTELLI / FRANCISCO TRILLO, *Negociar en crisis: negociación colectiva en los países del sur de Europa*, pp. 25-29).

⁶⁹⁰. Cf. MARIA LUISA DUARTE, “Direito comunitário do trabalho”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 163.

⁶⁹¹. Cf. UMBERTO CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2019, p. 191.

⁶⁹². Cf. MARZIA BARBERA, “Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo”, pp. 6-7.

⁶⁹³. A preocupação com uma uniformização que ignore as tradições e os avanços sociais nacionais foi sintetizada no slogan que os manifestantes suecos gritavam durante as manifestações desencadeadas pelo caso *Laval*: “As leis do trabalho suecas, na Suécia, para os trabalhadores suecos!” (Cf. BRUNO CARUSO, “I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi *Laval* e *Viking*)”, p. 9).

Num movimento de retorno à identidade nacional,⁶⁹⁴ a Constituição torna-se o baricentro do sistema multinível, não apenas por sua função de garantia dos direitos fundamentais e de limite dos poderes “tecnocráticos” da União, não apenas porque é o catálogo dos direitos irrenunciáveis, mas porque é o campo de batalha em que se joga o futuro da Europa social, a última fronteira dos direitos sociais contra um ordenamento multidimensional tanto invasivo quanto recessivo.⁶⁹⁵

Nesse contexto, a articulação da atuação do poder judicial nos diversos níveis de proteção dos direitos fundamentais no espaço europeu assume um papel central, que sublinha a importância da questão da “última palavra”. Ainda assim, o sistema de tutela multinível possui uma certa resiliência, já que não existe uma clara hierarquia entre ordenamentos, mas princípios e direitos fundamentais compartilhados, cujo significado é objeto de uma disputa dialética, ou, ao menos, de uma negociação contínua, o que permite soluções de geometria variável de forma a assegurar a proteção dos direitos sociais.⁶⁹⁶

7. A proteção multinível dos direitos sociais no terreno: a jurisprudência da crise na articulação entre o Tribunal Constitucional Português, o Tribunal de Justiça da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

No cenário da crise, a jurisprudência que se formou a partir da experiência de Portugal representa um privilegiado campo de análise para identificar como se operou em concreto a articulação entre o constitucionalismo nacional e o constitucionalismo europeu num ambiente de tensões e de desconfianças, marcado por uma disputa ideológica que opõem duas concepções opostas de constitucionalismo.

Uma das medidas para aprimorar a governação económica foi o Mecanismo Europeu de Estabilidade — MEE, cuja criação foi resolvida no Conselho Europeu, de 25 de março de 2011, mediante o acréscimo da regra do n.º 3 do artigo 136.º do TFUE: “Os Estados-Membros cuja moeda seja o euro podem criar um mecanismo de estabilidade a acionar caso seja indispensável para salvaguardar a estabilidade da área do euro no seu todo. A concessão de qualquer assistência financeira necessária ao abrigo do mecanismo ficará sujeita a rigorosa condicionalidade”.⁶⁹⁷

O artigo 12.º, n.º 1, do Tratado MEE estabelece que a “condicionalidade” pode “variar entre um programa de ajustamento macroeconómico e o cumprimento continuado de condições de elegibilidade preestabelecidas”, enquanto os artigos 14.º a 18.º enumeram os “instrumentos de assistência financeira” que podem ser adotados: i) uma “linha de crédito cautelar sujeita a certas condições” ou uma “linha de crédito sujeita a condições mais rigorosas”; ii) empréstimos “para o fim específico de recapitalizar as instituições financeiras” de um membro do MEE; iii) empréstimos sem fim específico; iv) “aquisição de obrigações de um membro do MEE no mercado primário” e v) “aquisição de obrigações de um membro do MEE no mercado secundário”.⁶⁹⁸

Ao longo do período compreendido entre 2011 e 2014, um conjunto de decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, Tribunal de Justiça da União Europeia e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tiveram por objeto a alegada violação de direitos fundamentais consagrados na Constituição ou na CDFUE em decorrência da aplicação das medidas de ajustamento adotadas no contexto da coordenação das políticas económicas no âmbito da União.

Têm singular importância os quatro “acórdãos orçamentais” do Tribunal Constitucional integrados na chamada “jurisprudência da crise”, que apreciaram a constitucionalidade de várias medidas incluídas nas Leis de Orçamento de Estado de 2011 a 2014 destinadas a dar cumprimento aos compromissos assumidos por Portugal com a “Troika” — Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Interna-

⁶⁹⁴. Cf. PIERRE BON, “La identidad nacional o constitucional: una nueva noción jurídica”, pp. 185-187.

⁶⁹⁵. Cf. GIORGIO FONTANA, “Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa”, p. 26.

⁶⁹⁶. Cf. MARZIA BARBERA, “Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo”, p. 8.

⁶⁹⁷. Cf. PAULA VAZ FREIRE, *Mercado interno e união económica e monetária: lições de direito económico da União Europeia*, cit., 286-288.

⁶⁹⁸. Cf. PAULA VAZ FREIRE, *Mercado interno e união económica e monetária: lições de direito económico da União Europeia*, pp. 286-288.

cional — no Programa de Assistência Económico-Financeira.⁶⁹⁹

No acórdão sobre a Lei de Orçamento de 2011, em que estava em causa a redução das remunerações na função pública, o pedido de declaração de inconstitucionalidade amparou-se em quatro fundamentos: i) violação ao princípio do Estado de Direito, mais precisamente ao princípio da proteção da confiança; ii) violação do princípio da igualdade; iii) violação do direito fundamental à irredutibilidade salarial e iv) violação ao direito fundamental de participar na elaboração da legislação laboral por parte das entidades representativas dos trabalhadores.

Em face da “conjuntura económico financeira excepcional”,⁷⁰⁰ o Tribunal aceitou o argumento da preponderância dos valores extra constitucionais que justificavam a política do ajustamento e atribuiu um valor supraconstitucional aos compromissos internacionais. A crise e a grave situação financeira do país foram os fundamentos usados para legitimar a declaração de constitucionalidade das medidas, numa interpretação flexível dos princípios da igualdade, da confiança, da equidade, da proporcionalidade e da segurança jurídica em virtude da transitoriedade atribuída a essas medidas.⁷⁰¹

Os acórdãos dos anos seguintes assinalariam a transição do chamado “ativismo da excepcionalidade” para o “ativismo do Estado de Direito”. Os orçamentos de 2011 a 2014 ampliaram o universo de afetados e os direitos que sofreriam restrições. Além de atingirem também os subsídios de férias e de Natal, os subsídios de doença e de desemprego, as me-

das passaram a alcançar reformados, pensionistas, professores, bem como previram a possibilidade de cortes de postos de trabalho na função pública. Os argumentos invocados pelos requerentes foram os mesmos e, com outra perspectiva, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade de diversos dispositivos, com força obrigatória geral.⁷⁰²

Em sua argumentação, o Tribunal não colocou em questão a validade dos compromissos internacionais. Admitiu a gravidade da crise (“grave emergência financeira”), reconheceu que os direitos em causa não eram absolutos, pelo que poderiam ser restringidos no seu exercício por fundamentos de ordem geral prosseguidos pela sociedade, mas sublinhou que a intervenção era desproporcionada. Em particular no acórdão de 2014, afastou qualquer dúvida quanto à força vinculativa dos compromissos internacionais, apesar de ponderar que estes “não impõem medidas concretas e determinadas para controlo da despesa pública e para redução do défice, antes se limitando a enunciar objetivos ou metas (...). Dito por outras palavras, a força vinculativa do Direito da União Europeia neste domínio não abrange os meios que os Estados-membros utilizam para atingir os objetivos ou metas que lhe são impostos”.⁷⁰³

Merece destaque o seguinte trecho do acórdão: “O fato de se admitir que as normas adotadas e a ado-

⁶⁹⁹. Acórdãos n° 396/2011, n° 353/2012, n° 187/2013 e n° 413/2014. Cf. PEDRO MACHETE, “A jurisprudência do tribunal constitucional em matéria laboral e as novas tendências do direito do trabalho”, p. 125.

⁷⁰⁰. A expressão foi retirada da exposição de motivos da lei e tomada como boa pelo Tribunal (Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional*, pp. 712-713).

⁷⁰¹. Cf. ANTONIO CASIMIRO FERREIRA / JOSE MANUEL PUREZA, “Estado de direito ou estado de exceção: a justiça constitucional face ao questionamento do estado social”, p. 295. “O Acórdão, algo leve na sua motivação, abraçou quase irrestritamente a opção do legislador e o justificativo de exceção financeira que este esgrimiou, pese o facto de a Constituição a não prever. Emerge, neste ponto, uma manifestação normativa da Constituição ‘invisível’ ou ‘real’, sustentada teoricamente por alguns autores” (Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional*, p. 713).

⁷⁰². Cf. ANTONIO CASIMIRO FERREIRA / JOSE MANUEL PUREZA, “Estado de direito ou estado de exceção: a justiça constitucional face ao questionamento do estado social”, in *A economia política do retrocesso*, cit., p. 295. “No ano de 2013, o Governo apresentou no Parlamento um diploma de requalificação da função pública, do qual resultaria a colocação de um número indeterminado de trabalhadores num regime de excedentes (designado de requalificação), com a possibilidade de os mesmos serem despedidos, no caso de não se verificar a sua recolocação em serviço ativo, no prazo de um ano. Tendo sido impugnado pelo Presidente da República, o Tribunal Constitucional, no ac. 474/2013, declarou a sua inconstitucionalidade, fundada: i) na violação do conceito de ‘justa causa no despedimento’, pelo facto de eventuais despedimentos se fundarem em critérios indeterminados; ii) na violação do ‘princípio de proteção da confiança’, para os trabalhadores que até ao ano de 2008 tinham outorgado contratos com nomeação definitiva e que nesse ano tinham beneficiado de uma cláusula legal de salvaguarda do Estado (revogada pela lei impugnada) contra despedimentos fundados em razões objetivas” (Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional*, p. 719).

⁷⁰³. Cf. Acórdão n° 413/2014, n° 12.

tar pelo legislador nacional com vista a prosseguir os objetivos referidos se devem conformar com as prescrições da União Europeia não tem consequências do ponto de vista da aplicação das normas constitucionais. Pelo contrário, num sistema constitucional multinível, no qual interagem várias ordens jurídicas, as normas legislativas internas devem necessariamente conformar-se com a Constituição. Aliás, o próprio direito da União Europeia estabelece que a União respeita a identidade nacional dos seus Estados-membros, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles (cfr. Art. 4º, nº 2, do TUE). ”⁷⁰⁴

Ao chumbar algumas das impopulares medidas de austeridade, o Tribunal esteve no olho do furacão. Ao mesmo tempo em que manifestantes vestiam *t-shirts* de apoio com a frase “I Love TC”, várias foram as pressões internas e externas dirigidas aos juizes do Tribunal Constitucional. Segundo a imprensa, o Primeiro-Ministro teria ameaçado demitir-se e acusou o Tribunal de o impedir de cumprir as suas obrigações externas para com os credores, o que conduziria o país a um segundo resgate. Christine Lagarde, a diretora-geral do FMI, afirmou que Portugal tinha “uma dificuldade particular”, que é a visão do Tribunal Constitucional sobre o que é ou não constitucional”. O representante da União Europeia em Lisboa lamentou a conduta do Tribunal Constitucional: “É um Tribunal Constitucional ativista comparado com qualquer outro Tribunal Constitucional que eu conheça, ... o que pode provocar um segundo pedido de resgate”. E, para arrematar, o Presidente da Comissão Europeia, que, para perplexidade geral, após o término do consulado seria alçado a uma das presidências do banco Goldman Sachs, disse que “temos o caldo entornado’ em Portugal caso se verifique instabilidade e falta de responsabilidade de todos os órgãos de soberania”, referindo-se indiretamente ao Tribunal Constitucional.⁷⁰⁵

⁷⁰⁴. Cf. Acórdão nº 413/2014, nº 12.

⁷⁰⁵. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional*, pp. 721-722. “Não é despiciendo que esta tomada de posição do presidente da Comissão Europeia surja na sequência do relatório elaborado em 2013 pela Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, no qual se afirma que ‘o Tribunal Constitucional é visto como um risco para a aplicação do Memorando de Entendimento dentro e fora de Portugal, e levanta questões sobre a inconstitucionalidade ou não do cumprimento do pacto orçamental por

A crítica que muitos constitucionalistas dirigiram à “jurisprudência da crise” estrutura-se em torno dos seguintes fundamentos: i) o Tribunal Constitucional tem um papel de legislador negativo, o que significa que não lhe compete dizer o que o legislador deve fazer; ii) na fiscalização da constitucionalidade, o ónus da prova, “para além de qualquer dúvida razoável”, é sempre da alegação de inconstitucionalidade, razão por que o Tribunal não poderia exigir ao legislador a prova de que a sua ação é constitucional; iii) na generalidade das decisões, não estiveram em causa direitos fundamentais, mas sim *entitlements* públicos, pelo que é censurável que o Tribunal Constitucional os tenha tratado como cláusulas péticas; iv) há uma distinção clara entre “princípios” e “regras”, em que os primeiros são flexíveis e têm de ser lidos de maneira contextualizada, razão por que o Tribunal Constitucional não poderia ter usado os “princípios” como se fossem “regras”; v) há uma distinção entre o plano da “bondade política” e o da inconstitucionalidade das escolhas do legislador, de modo que é perfeitamente possível que existam más decisões políticas que nem por isso sejam inconstitucionais.⁷⁰⁶

Em defesa da jurisprudência do Tribunal Constitucional, o constitucionalista JORGE REIS NOVAIS argumentou que: i) a Constituição nunca foi tão efetiva; ii) o Tribunal Constitucional aplicou a Constituição “contra ventos e marés”; iii) o Tribunal Consti-

Portugal, caso falhe as metas acordadas com a Troika’. No mesmo relatório, pode ler-se que a Comissão apelida o Tribunal Constitucional de ‘legislador negativo’, fazendo alusão a um estudo da Universidade de Illinois que conclui que os juizes do Constitucional nomeados por partidos de direita têm maiores probabilidades de aprovar medidas de um Governo de esquerda do que o inverso. Os argumentos utilizados são os de serem ‘mais sensíveis ao partido no poder’ e ainda por sofrerem de ‘oportunismo político’. Em sentido idêntico, ainda que com uma formulação mais ‘livre’, foi o relatório *The Euro area adjustment: about halfway there*, do banco JPMorgan, o qual menciona expressamente que, quer em Portugal, quer noutros países em crise, se não fossem ‘os constrangimentos constitucionais, tudo até estaria a correr bem’ (Cf. ANTONIO CASIMIRO FERREIRA / JOSE MANUEL PUREZA, “Estado de direito ou estado de exceção: a justiça constitucional face ao questionamento do estado social”, p. 289).

⁷⁰⁶. Cf. JOSÉ MELO ALEXANDRINO, “O impacto jurídico da jurisprudência da crise”. Disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/o_impacto_juridico_da_jurisprudencia_da_crise.pdf. Acesso em 14 de agosto de 2016.

tucional foi, até certo ponto, condescendente com o Governo, o que se explica justamente em razão da situação de emergência financeira; *iv*) na generalidade das decisões estariam em causa restrições a direitos fundamentais sociais, como o direito à pensão ou o direito à retribuição, que, como tal, deveriam efetivamente ser tratadas.⁷⁰⁷

Pelo ângulo do pluralismo constitucional, as discordâncias envolveram uma suposta falta de “cosmopolitismo” do Tribunal Constitucional, que teria adotado uma anacrônica visão insular de soberania, numa crítica que seria extensível a outros tribunais constitucionais europeus, como o alemão.⁷⁰⁸ Em face da crise internacional e da integração na União Europeia, as decisões do Tribunal deveriam levar em conta o peso do interesse público de consolidação orçamental à luz de uma “dimensão europeia”, num constitucionalismo pós-moderno, flexível, aberto a uma governação pós-nacional.⁷⁰⁹

A objeção foi rejeitada por CARLOS BLANCO DE MORAIS, que ponderou que esse modelo “flexível” de Constituição é diferente da que impera na maioria dos Estados de Direito, “uma Constituição dúctil, principiológica, servida por um sistema de controlo de constitucionalidade de baixa intensidade, não redutora da autonomia do legislador, porosa ao influxo do direito internacional, aberta interpretativamente ao ‘ambiente normativo’ da realidade política e financeira e propiciadora de uma tónica que a acomode ao realismo do mercado. Uma Constituição relativamente à qual não haveria a necessidade de a ‘suspender’, nem a eivar de cláusulas de exceção financeira, porque, desde que interpretada de forma adequada

à realidade inerente ao universo político e financeiro internacional a que o Estado português pertence, permitiria a desvitalização sutil de direitos sociais, a remoção invisível de expectativas consolidadas, a redução de pensões ao mínimo existencial e a ‘requalificação’ massiva da função pública. Resta saber se, a vingar essa teoria, ainda haveria uma Constituição digna desse nome”.⁷¹⁰

Outro caso que merece ser destacado para a análise da dinâmica do sistema multinível no ambiente da crise é o reenvio prejudicial formulado pelo Tribunal de Trabalho do Porto no âmbito de um processo que opunha o Sindicato dos Bancários do Norte ao, na época nacionalizado, Banco Português de Negócios — BPN, cujo objeto era a redução das remunerações pagas aos trabalhadores do Estado em cumprimento à Lei de Orçamento do Estado para o ano de 2011.⁷¹¹

Na altura em que se formulou o reenvio prejudicial, o Tribunal Constitucional já tinha decidido afastar a declaração de inconstitucionalidade das disposições que reduziam a remuneração dos trabalhadores do Estado. Com dúvida sobre a compatibilidade da Lei de Orçamento com o Direito da União, especialmente com a CDFUE, o Tribunal do Trabalho do Porto decidiu submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- 1) O princípio de tratamento igualitário do qual decorre a proibição de discriminação deve ser interpretado no sentido de ser aplicável a trabalhadores do setor público?
- 2) A imposição estatal de redução de salários através da *referida Lei do Orçamento de Estado para 2011*, aplicada apenas a trabalhadores que exercem as suas funções no setor estatal ou empresarial público, é contrária ao princípio da proibição da discriminação, configurando uma *discriminação em razão da natureza pública do vínculo laboral*?

⁷⁰⁷. Cf. *Em defesa do tribunal constitucional: resposta aos críticos*, Almedina, Coimbra, 2014.

⁷⁰⁸. Cf. GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO, “O constitucionalismo dos princípios”, in *O tribunal constitucional e a crise*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 101. A propósito dessa abordagem, CARLOS BLANCO DE MORAIS não perdeu a ocasião para a crítica certa: “O ensaio algo paternalístico, de se intentar dar ‘lições’ de cosmopolitismo e de boa conduta europeia a tribunais constitucionais com o relevo do alemão, como quem procura um viés missionário, ensiná-los a viver, deve ser encarado com alguma benevolência bem-humorada...” (Cf. *Curso de direito constitucional*, p. 760).

⁷⁰⁹. Cf. RUI MEDEIROS, “A jurisprudência constitucional portuguesa sobre a crise: entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional”, pp. 282-283.

⁷¹⁰. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional*, pp. 761-762.

⁷¹¹. Cf. ANA ISABEL SOARES PINTO, “A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a redução salarial dos funcionários públicos: anotação ao despacho do Tribunal de Justiça de 7 de março de 2013, Sindicato dos Bancários do Norte e outros, processo c-128/12”, in *Revista do CEJ*, I, Almedina, Coimbra, 2013.

- 3) O direito a *condições de trabalho dignas* previsto no referido artigo 31º, n.º 1, da Carta [...] deve ser interpretado no sentido de que é proibida a diminuição da retribuição, sem o acordo do trabalhador, no caso do contrato se manter inalterado?
- 4) O direito a *condições de trabalho dignas* previsto no referido artigo 31º, n.º 1, da Carta [...] deve ser interpretado no sentido de que corresponde ao direito a uma remuneração justa que assegure aos trabalhadores e respetiva família um nível de vida satisfatório?
- 5) A redução do salário, não constituindo a única medida possível, necessária e fundamental para o esforço de consolidação das finanças públicas numa situação de grave crise económico-financeira do país, é contrária ao direito previsto no art. 31º, n.º 1, da Carta [...] por colocar em risco o nível de vida e os compromissos de ordem financeira assumidos pelos trabalhadores e respetiva família, antes dessa redução?
- 6) A redução dos salários imposta desta forma pelo Estado Português, por não ser previsível nem expectável pelos trabalhadores, é contrária ao direito a *condições de trabalho dignas*?”

Em decisão de março de 2013, o Tribunal de Justiça entendeu que, não obstante as dúvidas expressas pelo Tribunal do Porto quanto à conformidade da Lei do Orçamento de Estado para 2011 com a CDFUE, não se vislumbrava qualquer elemento concreto que permitisse considerar que a referida lei se destinasse a aplicar o direito da União, de maneira que estaria fora de sua competência conhecer da questão prejudicial.⁷¹²

O caso é importante porque pela primeira vez o Tribunal de Justiça foi chamado a se pronunciar sobre uma controvérsia que suscitava a questão da compatibilidade com a CDFUE de medidas nacionais que, no âmbito de um programa de saneamento das contas públicas, restringiam direitos sociais. A Corte manteve a orientação adotada no caso *Pringle*, em acórdão de novembro de 2012, segundo a qual os novos instrumentos de apoio financeiro, ao menos no que concerne ao funcionamento do Mecanismo Europeu

de Estabilidade — MEE, estão fora do âmbito de aplicação da CDFUE.⁷¹³

Em que pese o argumento formal adotado pelo Tribunal de Justiça, a questão de fundo não foi solucionada, qual seja saber se o rigor da política de condicionalidade, central na nova governação económica, deve entrar em alguma forma de equilíbrio, ao mesmo nível do Direito da União, com os objetivos sociais do Tratado de Lisboa, em especial com os artigos 2º e 3º do TUE, artigo 9º do TFUE e artigo 31 da CDFUE. Como assinalou STEFANO GIUBBONI, uma posição mais esclarecedora seria necessária para evitar possíveis “curtos-circuitos constitucionais” no sistema multidimensional de proteção dos direitos fundamentais, de que os recentes acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal já seriam exemplos.⁷¹⁴

Embora o Tribunal de Justiça não tenha enfrentado o mérito, o que traz o inconveniente da incerteza sobre o nível de eficácia da CDFUE na proteção dos direitos sociais, a preocupação de “curto-circuito constitucional” não parece se justificar, ao menos no que se refere à “jurisprudência da crise”. Em momento algum os acórdãos do Tribunal Constitucional

⁷¹³. Nos pontos 178 a 180, o Tribunal de Justiça assim fundamentou o precedente no caso *Pringle* (Proc. C-370/12): “O órgão jurisdicional de reenvio, referindo-se a um argumento aduzido pelo recorrente no processo principal, sublinha que a criação do MEE fora da ordem jurídica da União pode ter por efeito excluir o MEE do âmbito de aplicação da Carta. Pretende, por isso, saber se a criação do MEE infringe o artigo 47º da Carta, que garante a qualquer pessoa uma tutela jurisdicional efetiva. A este respeito, importa recordar que, em conformidade com o artigo 51º, n.º 1, da Carta, as disposições da mesma têm por destinatários os Estados-Membros apenas quando apliquem o direito da União. Nos termos do n.º 2 desse mesmo artigo, a Carta não torna o âmbito de aplicação do direito da União extensivo a competências que não sejam as da União, não cria novas competências ou atribuições para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas pelos Tratados. Assim, o Tribunal é chamado a interpretar o direito da União à luz da Carta, nos limites das competências que lhe são atribuídas. Ora, há que sublinhar que os Estados-Membros não aplicam o direito da União, na aceção do artigo 51º, n.º 1, da Carta, quando criam um mecanismo de estabilidade como o MEE, para cuja criação, como resulta do n.º 105 do presente acórdão, os Tratados UE e FUE não atribuem nenhuma competência específica à União.

⁷¹⁴. Cf. “Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea”, in *Working Papers* CSDLE “Massimo D’Antona”, n.º 100/2013, p. 30.

⁷¹². Acórdão C-128/12, pontos n.º 11 e 12.

contrariaram a posição do Tribunal de Justiça, que, ao afastar a aplicação do Direito da União no caso *Pringle*, tanto evidenciou a desnecessidade de eventual reenvio prejudicial por iniciativa do Tribunal Constitucional como ainda limitou o debate ao âmbito da Constituição nacional.

Por fim, o terceiro e último caso a examinar é o acórdão “Conceição Mateus contra Portugal”, em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, que fora declarada inconstitucional pelo acórdão nº 353/2012 do Tribunal Constitucional, não era contrário à CEDH. Neste caso, a contradição de julgados parece confirmar o risco do “curto-circuito” no sistema de proteção dos direitos fundamentais, que decerto põe em risco a credibilidade do sistema europeu de tutela multinível.

Em linha com o que já decidira em relação às providências de austeridade adotadas na Grécia, o Tribunal Europeu entendeu que as medidas restritivas em Portugal eram justificadas perante a excepcionalidade da crise económica e financeira, porque eram temporárias e tiveram limitado alcance quantitativo. Ainda considerou que o legislador nacional se manteve dentro dos limites de sua margem de apreciação na medida em que as normas restritivas adotadas na lei de orçamento de 2011 não foram suficientes para reduzir o défice, pelo que a suspensão do pagamento do subsídio de férias e do subsídio de Natal no ano de 2012 não se afigurava desproporcionada ao objetivo de reduzir o défice orçamentário do Estado.⁷¹⁵

8. Considerações finais: os argumentos “ad terrorem” e a tentação dos atalhos à Constituição.

Esse conjunto de casos serve como importante campo experimental para examinar as virtudes e os perigos do sistema multinível de proteção dos direitos sociais no espaço europeu. Com o pano de fundo das medidas de austeridade, os acórdãos do Tribunal Constitucional suscitaram variadas interpretações, que sublinharam os riscos de “curtos-circuitos constitucionais” ou uma suposta aplicação da “doutrina dos

contralimites”,⁷¹⁶ naquilo que seria uma “resposta lúcida e corajosa contra o ‘diktak’ da ‘Troika’”.⁷¹⁷

Ainda que não pareça de todo adequado cogitar do extremo da aplicação da “doutrina dos contralimites”,⁷¹⁸ que em Portugal seria possível pela aplicação da regra do artigo 8º, nº 4, da Constituição,⁷¹⁹ é certo que o Tribunal Constitucional também não

⁷¹⁶. Na linha do “curto-circuito constitucional”, ver STEFANO GIUBBONI, “Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea”, p. 30; na linha da aplicação da “doutrina dos contralimites”, ver GIORGIO FONTANA, “Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa”, p. 26.

⁷¹⁷. Cf. TIZIANA SALVINO, “I controlimiti ai tempi della crisi finanziaria: note a margine della sentenza portoghese relativa alle misure di austerità imposte dall’UE”. Disponível em: <http://www.diritticomparati.it/2013/09/i-controlimiti-ai-tempi-della-crisi-finanziaria-note-a-margine-della-sentenza-portoghese-relativa-al.html>. Acesso em: 4 de julho de 2016.

⁷¹⁸. Segundo a interpretação do Tribunal de Justiça, o Mecanismo Europeu de Estabilidade — MEE, ao abrigo do qual decorreu o apoio financeiro a Portugal, não é instituição da União, pelo que as medidas orçamentais levadas ao controlo do Tribunal Constitucional não se destinavam a concretizar compromissos europeus, mas internacionais. Esse argumento está na base do acórdão do caso *Pringle* e no despacho que não aceitou o reenvio prejudicial suscitado pelo Tribunal do Trabalho do Porto no caso Sindicato dos Bancários do Norte contra BPN. Ora, se o próprio Tribunal de Justiça declarou que não estava em causa o poder europeu, não cabe cogitar de contralimite, nem tampouco da necessidade de reenvio prejudicial. Claro que, mudando o ângulo de análise, não é absurdo argumentar que, do ponto de vista material, o MEE está profundamente misturado com o Direito da União. Embora não seja instituição da União em sentido formal, sua existência está prevista no nº 3 do artigo 136º do TFUE e sua finalidade é essencial à União, qual seja conferir o suporte necessário para o enfrentamento de situações de risco para a estabilidade financeira da área da moeda única no seu todo, como as que ocorreram em 2010. Por esse ângulo, tratava-se, em essência, do poder europeu encaipotado, que, por uma conveniência formal, foi posto acima da CDFUE pelo Tribunal de Justiça. Mesmo que assim seja, o certo é que o Tribunal Constitucional não recusou a legitimidade de um poder que, em última instância, provinha de um compromisso internacional celebrado num momento de grave crise económico-financeira que ameaçava seriamente compromissos internos voltados à concretização de outros direitos fundamentais.

⁷¹⁹. Cf. MIGUEL GALVÃO TELES, “Constituições dos Estados e eficácia interna do direito da União e das Comunidades Europeia — em particular sobre o artigo 8º, nº 4, da Constituição portuguesa”, pp. 300-301.

⁷¹⁵. Ponto nº 28.

caiu na tentação oposta, de aderir de maneira mística ou religiosa às previsões económicas como se fosse revelação divina. Com rigor e habilidade, soube conjugar o respeito aos compromissos internacionais com o imperativo de proteção de direitos fundamentais nacionais que, por força da CDFUE, integram o constitucionalismo europeu. Como notou TIZIANA SALVINO, o Tribunal Constitucional fez “malabarismos” no plano dos argumentos, mas com “ordem e consciência”. Enfrentou uma “tarefa titânica com extrema lucidez”, teve a clareza de afirmar a intenção em ser membro da Europa, aceitando os pesados encargos dessa adesão, ainda que se recusando a ser intimidado a ultrapassar a “linha vermelha” da proteção dos direitos sociais.⁷²⁰

Com a Constituição como bússola, o Tribunal soube navegar o caminho correto, nada obstante a agitação das águas impedir a visão em perspectiva. E quando a tempestade abrandou, o “estado de exceção financeira” revelou-se um argumento “ad terrorem”. Além de não se confirmarem as profecias de que a jurisprudência do Tribunal provocaria um novo resgate,⁷²¹ cresceram as dúvidas sobre o diagnóstico das causas e as terapias adotadas para a solução da crise.⁷²² O próprio

FMI já admitiu ter cometido erros na forma como interveio em Portugal,⁷²³ em mais um sinal que reforça a linha segundo a qual, apesar da gravidade da crise e da relevância dos compromissos internacionais assumidos, as medidas propostas pelo Governo não se mostravam adequadas aos fins prosseguidos.

O que não significa dizer que o problema da economia de Portugal tenha sido inventado. A tempestade existiu e foi de grande magnitude. Mais cedo ou mais tarde, de uma ou de outra maneira, o complexo problema económico e financeiro do país terá de ser enfrentado. Por outro lado, nada indica também que a ofensiva *antiwelfare* tenha abrandado.⁷²⁴ Se há algo a reter da “jurisprudência da crise”, é a mensagem de que o caminho terá que ser encontrado dentro dos limites do Estado de Direito Democrático, um caminho pautado por garantias institucionais, por procedimentos e princípios que protegem os mais fracos e as minorias. Um método que certamente prolonga e complica a tomada de decisões, mas cujos resultados, no plano da democracia e da coesão social, são mais consistentes do que aqueles que resultam da pressa dos atalhos.⁷²⁵

⁷²⁰. Cf. “I controlimiti ai tempi della crisi finanziaria: note a margine della sentenza portoghese relativa alle misure di austerità imposte dall’UE”.

⁷²¹. “Pese as críticas e ameaças públicas de novo resgate, o facto é que o ‘Apocalipse’ não sucedeu... Do impacto das decisões de inconstitucionalidade não resultou um segundo resgate financeiro internacional, como era consecutivamente repetido pela maioria de governo, a qual acabou por ir ajustando orçamentalmente os efeitos dos referidos acórdãos” (Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de direito constitucional*, pp. 723 e 758).

⁷²². Nesse sentido, a opinião de VITOR BENTO: “As autoridades da zona euro interpretaram mal a crise desencadeada em 2010 e, como tal, não só não a resolveram, como agravaram alguns dos seus problemas, desgastando o capital político da moeda única e arriscando a sua implosão. Tendo pela frente uma crise que, nos seus principais contornos, se assemelha à do padrão ouro dos anos 1930s (que deu no que deu!), e que só pode ser resolvida com soluções sistémicas dentro de uma perspectiva macroeconómica de toda a zona euro, as autoridades insistiram, e insistem, em tratá-la como sucessão de crises individuais de alguns países, assentando em sucessões de soluções individuais (onde se inclui, por exemplo, a concepção, não sistémica, subjacente ao Tratado Orçamental). Isso obviamente não funciona, nem nunca funcionará, porque nunca há solução certa para o problema errado. A política económica da zona euro

tem sido, pois, inadequada e desequilibrada. Incluindo a política monetária, que agora todos louvam, mas que, tendo quase sempre actuado tarde (quando não em contra-corrente), está a ser utilizada como morfina no tratamento de uma infecção. Não resolve o problema, só alivia a dor, mas amortece a vontade de o resolver e enfraquece o organismo” (Cf. “Brexit: uma oportunidade”, in *Público*, 28 de junho de 2016).

⁷²³. Um relatório independente, encomendado pelo próprio FMI, diz que o Fundo desenhou o Programa da troika partindo de um diagnóstico errado. E que chegou ao fim ainda em risco de entrar num caminho “explosivo” (Cf. “FMI errou na ‘narrativa’. A Portugal faltava poupança, não competitividade”, in *Observador*, 28 de julho de 2016).

⁷²⁴. “L’offensiva *antiwelfare* promossa negli anni ottanta dai teorici della destra radicale, sebbene non abbia condotto allo smantellamento del *welfare state*, ha però innescato una sorta di ‘gara al ribasso’ che ha pesantemente influito sui sistemi di protezione sociale. Quella attuale è una fase giudicata da vari autori come di ‘ricostruzione’, ‘transitoria’, ‘di trasformazione’: ma non è ancora affatto chiaro, come ha scritto qualcuno, se all’interno del bozzolo dove si sta compiendo questa metamorfosi stia crescendo una farfalla o qualche altro inseto meno nobile” (Cf. FULVIO CONTI / GIANNI SILEI, *Breve storia dello stato sociale*, cit., p. 230).

⁷²⁵. A propósito de democracia, ditaduras e fascismos, ver a recente entrevista de Robert Skidelsky, in *Courier Internacional*, agosto de 2016, pp. 18-21.

Ius Tractandi da Santa Sé

Ius Tractandi of the Holy See

Ricardo Bruno Sequeira Miranda Rodrigues

Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

E-mail: Rbsmr77@gmail.com

Resumo: O *ius tractandi* da Santa Sé é semelhante ao dos Estados? Neste trabalho, em poucas linhas, pretendemos dar uma possível resposta a esta e a outras questões correlacionadas. Para isso empreendemos uma brevíssima viagem pela história da celebração de tratados pela Santa Sé e, com esta em mente, debruçamo-nos sobre os sujeitos, a natureza jurídica, o processo de celebração e a forma de interpretação e, finalmente, sobre a forma de cessação da vigência das Concordatas. Concluímos que a Santa Sé utiliza os instrumentos jurídicos da comunidade internacional, de forma comum, para matérias comuns aos Estados e as Concordatas para conciliar o funcionamento e o relacionamento da Igreja Católica num determinado Estado.

Palavras-chave: Santa Sé, Concordata, Religião, Política e Estado

Abstract: Is the *ius tractandi* of the Holy See similar in use by most States? In this work, in a few lines, we intend to give a possible answer to this and other related issues. To this end we undertake a very brief trip through the history of treaty-making by the Holy See and with this in mind we analyze the subjects, the legal nature, the legal procedure, form of interpretation and finally the form of termination of those agreements. We conclude that the Holy See uses the legal instruments of the international community, in the common form for common matters and the concordats to reconcile the operation and the relationship between the Catholic Church and certain States.

Keywords: Holy See, Concordat, Religion, Politics and State

1. Introdução

O objetivo deste pequeno trabalho será analisar e dar conta da peculiaridade — ou não — do *ius Tractandi* da Santa Sé. Partimos, para esta exposição, do pressuposto que a Santa Sé é dotada de personalidade jurídica internacional, assunto cuja evolução abordamos num trabalho anterior⁷²⁶ e nos absteremos de abordar, exceto quando necessário. Concretamente, pretendemo-nos debruçar sobre um instrumento jurídico em particular, as Concordatas, sem esquecer, no entanto, outros instrumentos utilizados por este sujeito de direito internacional nas suas relações internacionais.

Atualmente, num mundo dominado pelo laicismo, não existem quaisquer dúvidas quanto à existência da personalidade jurídica da Santa Sé⁷²⁷ e à sua capacidade para concluir tratados com os Estados. A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, deixou bem claro, em 1959, durante a redação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que sempre «(...) foi um princípio de direito internacional que outras entidades, que não os Estados, possuíam personalidade internacional e capacidade de realizarem tratados. Um destes foi o do Papado, particularmente no período imediatamente anterior aos Pactos de Latrão de 1929, quando este não exercia uma soberania territorial. Contudo, a Santa Sé foi sempre considerada como possuidora de capacidade internacional na realização de tratados. Na actualidade, apesar de existir um Estado do Vaticano (...) sobre a soberania da Santa Sé, os tratados (...) são feitos não em razão da soberania territorial sobre o Estado do Vaticano, mas em nome da Santa Sé, que subsiste separadamente daquele Estado.»⁷²⁸. Quaisquer dúvidas que

ainda restassem foram eliminadas, posteriormente, pela mesma Comissão, no comentário ao artigo 1^o⁷²⁹ e 3^o⁷³⁰ da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 23 de março de 1969.

Não restam dúvidas de que a Santa Sé tem capacidade para concluir tratados internacionais, assim como a Cidade Estado do Vaticano. Tendo em consideração as matérias em presença, diverge a intervenção de um ou outro sujeito, conforme os ditames do governo central da Igreja Católica.

2. Brevíssima história do *ius tractandi* da Santa Sé

A Santa Sé tem participado, ao longo da sua história, na negociação, assinatura e ratificação dos principais acordos internacionais, mesmo antes de 1870⁷³¹, durante o período da Questão Romana e após 1929⁷³².

Certo é que durante o período em que a Igreja foi perseguida pelas autoridades do Império Romano, não foi possível a esta produzir qualquer tipo de acordo com aquele. Mesmo após os éditos de Milão e

THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1959, *Documents of the eleventh session including the report of the Commission to the General Assembly*, 1959, disponível em http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1959_v2.pdf (N.T.)

⁷²⁶. RODRIGUES, Ricardo Bruno Sequeira Miranda, “A Personalidade Jurídica da Santa Sé junto da Comunidade Internacional: Evolução Histórico — Jurídica”, ainda não publicado.

⁷²⁷. A personalidade jurídica da Santa Sé é apenas posta em causa por algumas organizações, nomeadamente ONG's, que encaram o papel da Santa Sé, nas Comissões das Nações Unidas, como uma barreira à prossecução das suas linhas programáticas, nomeadamente no que diz respeito a assuntos como aborto e ideologia de género.

⁷²⁸. Direito dos Tratados: Documento A/CN.41120 : quarto relatório por Sir Gerald Fitzmaurice in «YEARBOOK OF

⁷²⁹. «O termo “tratado” foi usado na redacção do anteprojecto para abranger os acordos internacionais feitos entre dois ou mais Estados ou outros sujeitos de direito internacional. A frase “outros sujeitos de direito internacional” é redigida para compreender os tratados concluídos: (...) a Santa Sé, que adere aos tratados da mesma forma que os outros Estados» in ARAUJO, Robert John, S.J., «The International Personality and Sovereignty of the Holy See» in *Catholic University Law Review*, vol. 50, 2000-2001, pp. 343 (N.T.).

⁷³⁰. a frase “outros sujeitos de direito internacional”, destina-se principalmente a abranger as organizações internacionais, a remover quaisquer dúvidas acerca da Santa Sé e deixar espaço para mais casos especiais (...), in ARAUJO, Robert John, S.J., op. cit., pp. 343, (disponível em <http://heinonline.org>);

⁷³¹. Tomada de Roma pelas tropas do reino de Itália, que terminaram com a existência dos Estados Papais.

⁷³². Ano da celebração dos Pactos de Latrão com o reino italiano, pondo termo à Questão Romana.

de Tessalónica, as matérias relativas à Igreja Católica constavam de leis civis⁷³³ do Império Romano.

Encontramos os primeiros pactos entre a Igreja e Estado, no ocidente, após a queda do Império Romano, com a materialização de um poder temporal dos papas, na península Itálica e a ascensão do reino Franco⁷³⁴, na antiga província romana da Gália. Estes pactos ficariam conhecidos como «*Pacta Carolingica*»^{735 736}.

Em termos históricos, o primeiro grande documento de *ius tractandi* da Santa Sé, ocorre por ocasião sínodo de Worms, durante o qual foi assinada em 23 de Setembro de 1122 uma Concordata entre o Papa Calixto II e o imperador Henrique V, sob o nome de «*Pacta Callistina*»⁷³⁷.

Para além da resolução de uma querela religiosa sobre a competência para a investidura dos bispos e abades⁷³⁸, teve ao mesmo tempo implicações em matérias temporais, nomeadamente na restituição de bens à Igreja e na resolução das questões da subordinação do poder temporal ao poder espiritual. Para além do mais, a referida Concordata proporcionou a

constituição de um direito consuetudinário que seria o paradigma para o relacionamento entre Papas e líderes temporais.

Nos séculos posteriores várias outras Concordatas foram concluídas entre a Igreja e os diversos Estados.⁷³⁹

Para além da Paz de Vestefália e do Congresso de Viena, onde a Santa Sé teve assento, mais recentemente, esta tomou lugar em convenções internacionais multilaterais, tornando-se um Estado aderente a vários tratados multilaterais, bem como participando na negociação dos instrumentos jurídicos internacionais mais importantes do século XX⁷⁴⁰

Além dos supra referidos a Santa Sé também participou na redação e subscrição da Ata Final ou dos Acordos de Helsínquia de 1975 para a instituição da Conferência sobre Segurança e Cooperação na Europa — actual Organização para a Segurança e Cooperação na Europa — a convite de Brejnev, então líder da U.R.S.S.⁷⁴¹.

Ao nível bilateral, importa destacar os tratados envolvendo os interesses comuns da Espanha e da Santa Sé, na Terra Santa, de 21 de dezembro de 1994. Os mesmos preveem a entrega de alguns imóveis do Estado espanhol, nessa região, à tutela da Santa Sé

⁷³³. Como é o caso do Código Teodosiano ou do Código Justiniano.

⁷³⁴. E, posteriormente, do Sacro Império Romano-Germânico.

⁷³⁵. BORGES, Libânio, «*Concordatas entre a Santa Sé e Portugal e Concórdias entre os Prelados e os Reis de Portugal*», Vila Real, Minerva Transmontana, 1951, p. 13

⁷³⁶. Os *Pacta Carolingica* abrangem os celebrados entre Estêvão III e Pepino, o Breve, em 754; o celebrado entre Adriano I e Carlos Magno, em 774; o celebrado entre Pascoal I e Luís, o Pio, em 817; o de 850, entre Leão IV e Lotário; o de 962, celebrado entre João XII e Otão I e, por fim, o celebrado entre Gregório V e Otão III, em 962.

⁷³⁷. BORGES, Libânio, op. cit., p. 14.

⁷³⁸. A Concordata de Worms pôs fim à primeira fase da Questão das Investiduras entre o Papa e o Sacro Império Romano-Germânico, tendo sido confirmada pelo Primeiro Concílio de Latrão de 1123. Nos termos desta Concordata foi reconhecido ao Imperador Romano-Germânico o direito de investir bispos com a autoridade secular (“pela lança”) nos territórios que estes governassem, mas não com a autoridade sagrada (“pelo anel e báculo”). Deste modo a eleição de bispos e abades seria realizada na presença do imperador, sendo proibida a simonia, ou seja, venda de bens espirituais, cargos eclesiásticos, bênçãos entre outros benefícios. O imperador detinha um papel crucial na escolha daqueles que ocupariam cargos que eram também de matriz secular (os bispos e abades eram senhores de terras, “príncipes territoriais”).

⁷³⁹. Para uma lista exaustiva consultar BORGES, Libânio, op. cit., pp. 13-16

⁷⁴⁰. Por exemplo, Santa Sé aderiu e rectificou o acordo saído da Conferência sobre a Limitação de Armamento, em Washington, em 1922, as Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, incluindo os protocolos adicionais de 1977; a Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e Aplicação das Decisões Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958; Duas Convenções sobre o Direito Marítimo de 1958; a Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas, de 8 de abril de 1961; a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, de 24 de abril de 1963; a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969; a Convenção de Viena sobre a Sucessão de Estados em Matéria de Tratados, de 22 de agosto de 1978; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965; a Convenção para os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989; a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 22 de abril de 1954; a Convenção sobre a Poluição Atmosférica Transfronteiriça a Longa Distância, de 13 de novembro de 1979, a Convenção de Otava (Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e Transferência de Minas Antipessoais e sobre a sua Destruição), de 1 de março de 1999.

⁷⁴¹. SALVADOR, Carlos Corral, S.J., «*La Relación entre la Iglesia y la Comunidad Política*», op. cit., p. 302

e ainda outros assuntos, com esta nação, nomeadamente económicos, de assistência religiosa às forças armadas, culturais e educativos.

A Santa Sé, também celebrou com a Suécia e com o Estado de Israel⁷⁴² acordos sobre diversas matérias.

Merece particular atenção, devido à sua importância, o Acordo Fundamental entre a Santa Sé e o Estado de Israel, de 30 de Dezembro de 1993, uma vez que, para além do estabelecimento de relações diplomáticas entre as partes contratantes, versa sobre a liberdade religiosa, reconhecimento e condenação do antissemitismo, a proteção dos lugares sagrados e dos peregrinos, a liberdade de expressão, a liberdade para o desenvolvimento de obras caritativas da Igreja católica e a consagração de normas acerca da tributação da propriedade da Igreja. Por tudo isto, o acordo entre Israel e a Santa Sé de 1993 «(...) foi claramente um documento político celebrado entre dois Estados soberanos⁷⁴³»

Da mesma forma a Santa Sé celebrou, em 15 de fevereiro de 2000, um acordo bilateral com a O.L.P. relativamente a questões de direitos do homem e ao diálogo inter-religioso, sobre o respeito pelos lugares santos dos cristãos, da sua liberdade religiosa, bem como o reconhecimento da personalidade da Igreja Católica nos territórios sob administração da Autoridade Palestiniana.

Resumindo, a subscrição destes tratados demonstra que os Estados reconhecem a personalidade jurídica da Santa Sé, como se um deles se tratasse e, também reconhecendo-a como uma entidade internacional importante para o desenvolvimento e codificação do direito internacional.

3. Concordatas

No final do Concílio Vaticano II, alguns autores expuseram três graves conclusões que questionavam a existência dos acordos e convenções da Santa Sé e os Estados, as denominadas Concordatas:

⁷⁴² Estes, em particular, foram objeto de registo junto das Nações Unidas, para que os mesmos possam ser invocáveis perante os órgãos dessa organização internacional.

⁷⁴³ BREGER, Marshall J., «Introduction to the Fundamental Agreement Between the Holy See and the State of Israel — A Symposium», in, *Catholic University Law Review*, vol. 47, 1998, p. 369

1ª Que as Concordatas não respondiam às exigências dos princípios e tempos do Vaticano II;

2ª Que as Concordatas, por serem típicas dos países católicos, iriam desaparecer com o esvanecer do catolicismo nestes países;

3ª Que as Concordatas seriam supérfluas nos Estados onde vigorava a liberdade religiosa, a democracia e a separação entre a Igreja e o Estado.

Todavia, a realidade demonstrou precisamente o contrário: atualmente encontram-se assinadas cerca de 208 Concordatas e acordos⁷⁴⁴. Até 2002, tinham-se concluído cerca de 130 acordos e convénios⁷⁴⁵, o que revela que mesmo no início deste século a celebração destes instrumentos aumentou significativamente. Ainda assim, alguns autores sugerem que estas não são «(...) equivalentes a tratados internacionais ou instrumentos indicativos da personalidade internacional das partes contratantes»,⁷⁴⁶ reduzindo-as, a convenções gerais «(...) pelas quais um Estado obtém de outro um acordo para abster-se ou limitar o exercício da sua jurisdição sobre os seus próprios cidadãos.»⁷⁴⁷

Um exame atento das Concordatas permite verificar que estas tratam não só de assuntos relativos ao foro interno da Igreja em particular mas sobre outros assuntos do interesse dos Estados, os quais se encontram observados no direito internacional: moral, religião e prática religiosa, educação, casamento, e outras matérias constantes da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

A doutrina dominante entre os internacionalistas é que «a diferença entre Concordatas e tratados internacionais não é essencialmente mais profunda que a existente, por exemplo, entre os tratados internacionais e os das organizações internacionais. (...)»⁷⁴⁸ e que «foi cristalizado um consenso que as Concordatas

⁷⁴⁴ http://www.kirchenrecht-online.de/vertraege/concordati_list.php (consultado em 09-08-2016).

⁷⁴⁵ Cf. SALVADOR, Carlos Corral, S.J., «La Relación entre la Iglesia y la Comunidad Política», op. cit., p. 348

⁷⁴⁶ ARAUJO, Robert John, S.J., op. cit., p. 341 (N.T.)

⁷⁴⁷ CUMBO, Horace F., «The Holy See and International Law, International and Comparative Law Quarterly», vol. 2, 1948-1949, p. 603 e 607 apud ARAUJO, Robert John, S.J., op. cit., p. 341 (N.T.)

⁷⁴⁸ DAHM, D., «Völkrecht» vol. III n. 13, Stuttgart, 1958-1961 apud SALVADOR, Carlos Corral, S.J., «La Relación

são acordos internacionais vinculativos — tratados — que são concluídos entre partes iguais»⁷⁴⁹⁷⁵⁰

No entanto, as Concordatas oferecem, em certas ocasiões e circunstâncias, uma enorme utilidade uma vez que evitam conflitos e desentendimentos ou resolvem contendas entre o Estado e a Igreja, pois é indubitável — mesmo numa sociedade cada vez mais laicizada — a importância da dimensão religiosa na vida dos cidadãos de cada Estado e a sua interferência em certos fenómenos ou instituições sociais como o casamento e a educação.

Mas, o que são as Concordatas?

«A palavra Concordata, em latim «*Concordatum*», etimologicamente deriva do verbo latino «*concordare*» que significa estar de acordo, estar de harmonia e por sua vez é formado do adjetivo «*concor*» (con=cum e cor) que quer dizer unido cordialmente, concorde, unânime.

Concordata, «*concordatum*», pois, enquanto participio passado do mesmo verbo, significa aquilo que entre dois o mais é estabelecido de comum acordo; como substantivo, designa o acordo, contrato, ou instrumento pelo qual alguma coisa entre dois ou mais é estabelecida ou concordada de comum consentimento.

No sentido canónico, Concordata é uma convenção pública e solene entre a Sociedade Eclesiástica (a Igreja) e a sociedade civil (o Estado) para ordenar as suas relações mútuas sobre as matérias que a ambas as sociedades interessam»⁷⁵¹

O professor José Gigante, define em anotação ao cânone 3º do CIC de 1917, que as Concordatas são as «(...) convenções feitas entre a Igreja e o Estado a fim de regular as mútuas relações nas coisas respeitantes aos dois poderes».⁷⁵²

entre la Iglesia y la Comunidad Política», op. cit., p. 362 (N.T.).

^{749.} RYNGAERT, Cedric, «The Legal Status of the Holy See», in *Goettingen Journal of International Law* 3, Universitätsverlag Göttingen, 2011, p. 844, (disponível em <http://heinonline.org>) — (N.T.)

^{750.} No mesmo sentido, ver GRAHAM, Robert A., S.J., «*Vatican Diplomacy — A Study of Church and State on the International Plane*», Princeton —New Jersey, Princeton University Press, 1959, pp. 186 e 236. Em sentido contrário v. pp. 190 e 191.

^{751.} BORGES, Libânio, op. cit., p. 9.

^{752.} GIGANTE, José António Martins, op. cit., p. 37 (N.T.)

«No entanto, o uso, reservou o termo Concordata, em sentido próprio e *lato* para se referir aos convénios concluídos, ao mais alto nível, entre um Estado, representado pelo chefe de Estado, pelo chefe de governo ou pelo ministro dos negócios estrangeiros, e a Igreja, representada pela Santa Sé ou o Romano Pontífice, independentemente da solenidade das formas ou a amplitude do conteúdo.» Pelo contrário, «Concordata, em sentido estrito, designa aqueles convénios que revestem as formas ordinárias diplomáticas e contém uma regulação geral e completo do estatuto da Igreja num determinado país.»⁷⁵³⁷⁵⁴

a) Sujeitos das Concordatas

José Gigante ensina «[Os] Sujeitos das Concordatas são o Papa e a suprema autoridade do Estado, — embora exista quem pense de forma diversa. Os Estados com soberania incompleta⁷⁵⁵, ou seja, os que estão sob o domínio protetor doutrem, só podem fazer Concordatas, no caso de possuírem a faculdade de assinar tratados.»⁷⁵⁶

Posição diversa tem Carlos Corral Salvador: «a verdadeira Alta Parte não pode ser outra que a Igreja Católica, pois o Pontificado (cânone 331) como a Santa Sé (cânone 361) não deixam de ser o órgão supremo de direção do corpo místico que é a Igreja. Atribuir à Santa Sé a personalidade e negá-la à Igreja Católica universal é (...) como atribuir a vida à cabeça de um corpo que nos empenhamos em considerar como morto. Falamos da Santa Sé ou do Romano Pontífice, uma vez que se tratam dos órgãos supremos da Igreja católica (...). Se bem que a beneficiária ou destinatária das normas convencionadas é uma Igreja particular

^{753.} SALVADOR, Carlos Corral, S.J., «*La Relación entre la Iglesia y la Comunidad Política*», op. cit., p. 361 (N.T.)

^{754.} Importa referir a existência histórica de um instrumento semelhante à Concordata mas celebrada entre o clero local e o monarca reinante. Ver *infra* nota 32.

^{755.} GIGANTE, José António Martins, op. cit., p. 37. O Professor José Gigante quer-se-á referir aos protectorados e também aos Estados federados ou confederados, uma vez que a Santa Sé celebrou, por exemplo, Concordatas com os Estados (länder) alemães. Colocar-se-á se a questão se estaremos perante verdadeiros tratados internacionais? Entendemos que sim, visto que aqueles têm uma subjectividade internacional reconhecida, ainda que limitada.

^{756.} Neste mesmo sentido segue o professor Libânio Borges. V. BORGES, Libânio, op. cit., p. 20.

existente num determinado Estado, a autoridade suprema que, em última instância, intervém é a Igreja Católica Universal.»⁷⁵⁷

Todavia, não podemos concordar totalmente com este entendimento. Se por um lado concedemos que quando se celebra uma Concordata esta é realizada pela determinação de uma Igreja universal e não particular, por outro lado não entendemos que à Igreja católica *strictu sensu* seja reconhecida uma personalidade jurídica internacional. No âmbito internacional, a personalidade jurídica é reconhecida à Santa Sé e ao Estado Cidade do Vaticano, doravante, designado por E.C.V.⁷⁵⁸ e não a uma confissão religiosa em particular, ressaltamos que os dois sujeitos estão em estreita e íntima ligação com a Igreja Católica, através da pessoa do Romano Pontífice.

Portanto, entendemos que as partes contratantes, nas Concordatas são o Estado e a Santa Sé, como cabeça da Igreja Católica (universal).

No caso das concórdias, hoje ausentes da prática internacional e do Direito Canónico, os sujeitos⁷⁵⁹ eram geralmente os prelados locais da Igreja Católica e o monarca.

⁷⁵⁷. SALVADOR, Carlos Corral, S.J., «*La Relación entre la Iglesia y la Comunidad Política*», op. cit., p. 364 (N.T.)

⁷⁵⁸. Apoiamos a nossa posição em PEREIRA, André Gonçalves e QUADROS, Fausto de, «*Manual de Direito Internacional Público*», 3ª edição (reimpressão), Coimbra, Edições Almedina, 2011, p. 370 *ab initio* e nota 1 da mesma página.

⁷⁵⁹. A primeira concórdia portuguesa data de 1210, celebrada no reinado de D. Sancho I, e a última de 1641, celebrada no reinado de D. João IV. Na sua maioria foram integradas no direito interno através das Ordenações Afonsinas. Mas o que eram as concórdias? As concórdias constavam de vários artigos em que os prelados apresentavam as suas queixas ao rei, o qual, por si ou por intermédio de procurador(es) dava a sua resposta, satisfazendo ou não as reclamações dos clérigos. As concórdias eram assim usadas para por termo aos conflitos que surgiam entre o poder régio e a jurisdição eclesiástica. Note-se que as referidas concórdias eram, posteriormente, objecto de confirmação pelos Papas, por meio de Bulas. Com o fim da supremacia do poder espiritual sobre o temporal e a afirmação do poder absoluto do monarca estas desapareceram do relacionamento entre o Estado e a Igreja. Os monarcas passam a negociar Concordatas directamente com o Sumo Pontífice. Por outro lado, as concórdias ultrapassavam e excediam a competência do Bispo ou do Ordinário do Lugar, uma vez que tratavam de assuntos que derogavam o direito (canónico) comum.

b) Natureza jurídica das Concordatas

O professor José Gigante enuncia três teorias sobre a natureza jurídica das Concordatas:

«1ª Teoria jurídico-estatal ou legal, que foi iniciada por Marsílio de Pádua no século XIV e defendida pelos galicianos, regalistas e febronianos no século XVIII e retida pelos hodiernos juristas positivistas e liberais: afirma que a Concordata é uma lei promulgada pela suprema autoridade do Estado, a qual pode revogá-la. Com efeito, dizem os seus fautores:

- a) o Estado é na sua ordem supremo, absolutamente independente e os seus direitos inalienáveis;
- b) a Igreja não tem poder coativo para obrigar o Estado a cumprir o seu compromisso.

Tal doutrina é falsa, porquanto:

- a) se o Estado na ordem temporal é supremo e independente da Igreja, esta é-o no sobrenatural e nisto é inteiramente independente daquele;
- b) surgiram falsas consequências baseadas nas doutrinas erróneas, segundo as quais o direito consiste na mera força coativa ou na possibilidade de obrigar alguém a dar, fazer ou omitir alguma coisa.

Além disso, a Igreja pode impor penas espirituais e temporais, como ensinou e definiu João XXII contra o referido Marcílio, e este direito é nativo e independente de qualquer poder humano.

2º Teoria dos privilégios, tendo como principal fautor Tarquini, ensina que a Concordata não é um pacto bilateral, mas um privilégio concedido pela Igreja ao Estado.

A Igreja deve cumprir a Concordata não por justiça, mas por prudência, fidelidade, equidade e decência, podendo o Papa revogá-la sempre validamente, e, havendo justa causa, também o pode fazer licitamente. Eis as razões em que se baseia esta teoria:

- a) o superior, como tal, não pode sujeitar-se ao inferior, ora a Igreja é superior nas coisas concordatárias: portanto, a Concordata não é um pacto bilateral;
- b) se fosse pacto, seria simoníaco, porque o Papa dá coisas espirituais e o Estado temporais, etc..

As razões não valem nada. Com efeito:

- a) embora o superior não se possa sujeitar contra a sua vontade ao inferior, nada obsta que com este se submeta a uma obrigação de justiça por força de um pacto;
- b) não há simonia, porque o Papa não compra as coisas espirituais com as temporais, mas dá aquelas para obter um bem maior, ou até com a esperança de alcançar protecção temporal.

3º Teoria dos pactos ou contratos, segundo a qual a Concordata tem força de lei pontifícia e civil e é, no rigoroso sentido da palavra, uma convenção bilateral que produz iguais obrigações para ambas as partes contratantes.

(...) a verdade total não está em nenhuma das sobreditas sentenças, mas parcial em todas.

Na verdade as Concordatas:

1) impõem:

- a) aos Estados obrigações até de justiça comutativa de observar o estabelecido nos artigos, a não ser que pela forma, matéria destes ou intenções dos contratantes se prove outra coisa; por isso a Igreja recebe novos direitos estritamente considerados e então não é verídica a teoria legal;
- b) à Santa Sé, idêntica obrigação, concedendo aos Estados semelhantes direitos: portanto é falsa a teoria dos privilégios sem limites;

2) em muitos artigos contém-se privilégios no verdadeiro sentido da palavra concedidos aos Estados, que por isso não ficam com direito estritamente considerado mas adquirido ou precário; portanto, não é inteiramente verdadeira a teoria dos pactos.»⁷⁶⁰

⁷⁶¹ Acompanhamos o entendimento deste autor, se

⁷⁶⁰. Ibidem, p. 37-38

⁷⁶¹. O Prof. Libânio Borges propõe uma outra divisão, ainda que, em substância, semelhante à enunciada: teorias acatólicas e teorias católicas. Por sua vez as primeiras reduzem-se à teoria legal ou jurídica adoptada por regalistas, liberais e protestantes, os quais se propõem «(...) provar que as Concordatas são meras leis civis sem vínculo algum especial para com o Estado. Pois (...) o Estado é a única e suprema origem, fonte e causa de todo o direito; por isso, os direitos que à Igreja se dizem pertencer são meras concessões graciosas do Estado. São

bem que, atualmente, a negociação das Concordatas

apenas privilégios ou favores do Estado e que o mesmo Estado pode arbitrariamente revogar quando lhe aprouver (...) Assim, para alguns, o Estado tem apenas obrigação moral de observar as Concordatas, não tendo porém, obrigação alguma jurídica de lhes dar cumprimento.(...) Para outros, as Concordatas devem ser equiparadas aos pactos políticos internacionais entre as diversas Nações ou Estados, e por conseguinte o Estado a tanto se obriga para com a Igreja quanto se obriga para com os outros Estados Civis.» V. BORGES, Libânio, op. cit., pp. 26-28.

As teorias católicas reduzem-se a três: 1ª teoria contratual ou dos pactos; 2ª a teoria privilegial ou dos privilégios; 3ª a teoria média ou mista: a primeira «(...) pretende provar que as Concordatas são verdadeiros pactos bilaterais entre a Igreja e o Estado, obrigando-se assim mutuamente estas duas sociedades ao seu inteiro e fiel cumprimento por título de justiça proveniente do contrato (...) Porém, como as Concordatas são um todo moral e versam geralmente sobre várias matérias, é evidente que quando o seu objecto versa sobre matérias ou coisas espirituais, ou anexas às coisas espirituais, o Romano Pontífice não se pode obrigar-se ao seu cumprimento por verdadeiro título de justiça, visto que seria alienar os direitos do Primado Romano, o que não está no seu poder, mas apenas pode obrigar-se por simples título de mera fidelidade (...)» Só sobre matérias temporais pode o Papa realizar o verdadeiro contrato oneroso, isto porque, «(...) embora a forma externa das Concordatas seja em tudo semelhante à forma dos contratos, a matéria enquanto espiritual ou espiritual anexa, não é susceptível de contrato oneroso e por isso sobre estas matérias as Concordatas não podem ser verdadeiros contratos onerosos.»; a segunda teoria «(...) procura sustentar ou defender que as Concordatas são meros privilégios do Romano Pontífice concedidos ao Estado (...)». Esta sustenta-se em quatro argumentos: 1º não existe paridade entre o Estado e a Igreja, pois esta última é superior ao primeiro e, por conseguinte as partes contratantes estão em desigualdade; 2º O Estado nada concede à Igreja, além do que está obrigado a prestar-lhe; 3º o Papa não pode fazer um contrato oneroso porque os direitos do Primado Romano são inalienáveis e fazendo-o essa alienação é inadmissível; 4º as Concordatas versando sobre coisas espirituais ou anexas versando um contrato sobre estas seria cometido o delito de simonia. Contra estes argumentos, aduz-se que, em contratos onerosos não é necessário assegurar a igualdade das partes; que as Concordatas não versam somente sobre coisas espirituais mas também temporais ou mistas; que o Romano Pontífice não aliena os direitos do Primado Romano mas compromete-se a usar esses direitos de determinada forma e em determinadas condições; que às Concordatas faltam os requisitos para se cometer o delito de simonia; a terceira teoria, designada por mista procura conciliar as duas anteriores. Assim, esta defende

segue o entendimento da terceira teoria enunciada e as outras não deixam de reflectir, nas relações Igreja-Estado, alguns dos momentos históricos.

c) Matéria das Concordatas

A matéria constante das Concordatas do ponto de vista histórico e também na actualidade versa uma multiplicidade de temas: desde acordos sobre competência de jurisdição, como sejam os casos de conflito de investidas e da concessão de direito de asilo passando pela regulamentação geral de uma situação jurídica da Igreja particular num determinado país.

Em função da sua matéria ou objeto as Concordatas podem dividir-se em: gerais ou complexas, quando versam sobre várias matérias; especiais ou particulares, quando tratam de matérias particulares⁷⁶².

que «o Romano Pontífice nas coisas espirituais e coisas anexas às espirituais obriga-se simplesmente por título de fidelidade e não pode obrigar-se por título de justiça. Nas coisas temporais, porém, e só nestas pode obrigar-se por verdadeiro título de justiça. Portanto, segundo esta teoria, quando as Concordatas versam sobre coisas espirituais ou espirituais anexas são meros privilégios ou favores benignamente concedidos pelo Romano Pontífice ao Príncipe Civil». In BORGES, Libânio, op. cit., pp. 28-32.

Deste modo, nas matérias temporais as Concordatas seriam um verdadeiro pacto ou contrato bilateral. Acontece que nas Concordatas não encontramos uma verdadeira separação ou divisão entre as matérias em que se determine, em cada uma, o regime do seu cumprimento, isto é, por mera obrigação de fidelidade ou por obrigação de justiça. Todas as matérias são tratadas como se tratasse um verdadeiro contrato bilateral. No entendimento do referido autor as Concordatas «são verdadeiros pactos ou contratos bilaterais ou sinalagmáticos, obrigando-se a Igreja, ou melhor o Romano Pontífice, ao seu cumprimento para com o Estado, por verdadeiro título de justiça comutativa ou por mera fidelidade, conforme as distinções ou restrições acima referidas, quanto à matéria ou objecto que tratam» in BORGES, Libânio, op. cit., p. 36.

762. Libânio Borges propõe, ainda, uma outra divisão das Concordatas quanto à sua natureza da matéria ou objecto: espiritual, temporal ou misto. Quanto às primeiras, pertencem por direito próprio à Igreja e têm apenas como objectivo que o Estado reconheça àquela o seu pleno direito. Relativamente às segundas, os bens ou coisas temporais tanto podem pertencer ao Estado como à Igreja. Por fim, as de objecto misto, as quais são as mais comuns, e retêm as matérias que dizem respeito, simultaneamente, tanto à Igreja como ao Estado. Estas subdividem-se em: matéria mista, em sen-

Nos pontificados de Pio IX, no século XIX como de Pio XI, no século XX, a matéria das Concordatas, tratava, sobretudo, de assegurar — de um modo geral — a configuração, estruturação e a regulação do regime jurídico da Igreja e dos católicos nos Estados recém-independentes ou com as fronteiras alteradas após a algum conflito armado.

Na actualidade, as Concordatas versam sobre matérias específicas ou, sobretudo, para rever as Concordatas vigentes antes da 2ª Guerra Mundial. Geralmente, estas últimas versam sobre matérias como a educação; questões económicas e fiscais, pretendendo-se a sua atualização, nomeadamente quanto à tributação fiscal do património da Igreja, das ofertas dos fiéis ou de eventuais rendimentos auferidos pelos sacerdotes; as matrimoniais, por forma a garantir a celebração sacramental do matrimónio bem como sobre a relevância na ordem interna dos Estados dos Tribunais Eclesiásticas e a aplicabilidade das suas decisões na foro civil; as administrativas, para a criação de novas dioceses ou a sua reordenação; a assistência pastoral, nomeadamente com criação ou a actualização dos vicariatos castrenses. Por fim, mais recentemente, relativamente à tutela dos monumentos e bens culturais, versando, nomeadamente, sobre a restituição de bens usurpados à Igreja.

d) Forma de celebração das Concordatas

Hoje em dia, a celebração das Concordatas é realizada através de um tratado internacional com a denominação de “Concordata” (como é o caso das duas mais recentes com Portugal, 1940 e 2004), de “convénio” ex.: El Salvador, 1968 e Bolívia, 1957) ou “acordo” (ex.: os cinco acordos com Espanha de 1976 e 1979). Não obstante, existem outras formas de entendimento — digamos menores — entre os Estados e a Santa Sé, atendendo à importância da matéria:

o *modus vivendi*, para convenções com uma matriz temporária, como solução de emergência (ex.: Tunísia, 1964);

tido próprio, quando se referem imediatamente ao fim espiritual e temporal; mista, em sentido lato, quando a matéria em questão diz respeito a ambas as sociedades; em sentido impróprio, quando a matéria ou objecto pertence exclusivamente a uma das duas entidades, mas o fim desse objecto interessa também à outra. V. BORGES, Libânio, op. cit., p. 22.

O protocolo, quando se colocam questões menores e bastante concretas, para se fazer notar que se trata de uma convenção de alcance menor (ex: Portugal, 1975);

A troca de notas diplomáticas, com uma função meramente interpretativa das cláusulas concordatárias (ex.: Filipinas, 1952);

De um modo geral, a estrutura da Concordata, enquanto instrumento jurídico, consiste geralmente num preâmbulo, de um texto articulado, a indicação do lugar da celebração, data e assinaturas dos plenipotenciários das partes contratantes.

e) Processo de celebração de Concordatas

O procedimento clássico da conclusão de tratados é o utilizado nas Concordatas:

1º passo — as negociações

realizam-se por intermédio de plenipotenciários que fixam a matéria e a finalidade que se pretende. Normalmente, existindo nunciaturas e embaixadas esta será levada a cabo pelos respetivos chefes de missão. A matéria fixada é depois articulada em disposições ou cláusulas pelos juristas ou outros peritos. Obtido um princípio de acordo, o Romano Pontífice e o respetivo chefe de Estado nomeiam os plenipotenciários, os quais devidamente acreditados, procederam à redação e articulação do texto para a correspondente assinatura.

2º passo — a assinatura

termina o processo de elaboração da Concordata, que corresponde às dos plenipotenciários nomeados pelas partes contratantes. A categoria hierárquica destes depende da importância que se quer dar ao documento.

3º passo — a ratificação

a qual se faz ordinariamente mediante instrumentos de ratificação, que no caso da Santa Sé cabe ao Romano Pontífice. Dependendo das disposições constitucionais de cada país, esta será feita, mediante os casos, pelo poder legislativo ou pelo chefe de Estado.

Quanto a esta última matéria, tenha-se em atenção que a Santa Sé, na negociação das Concordatas é particularmente exigente para que os Estados cumpram os requisitos exigidos pelas suas constituições ou legislação interna, para a aprovação e ratificação de tratados internacionais. Esta exigência tem como

objetivo evidenciar o carácter vinculativo das Concordatas como tratado internacional e que as mesmas são acordos estabelecidos entre poderes juridicamente iguais, nos termos do direito internacional. No fundo, a intenção da Santa Sé é vincar, perante os Estados, o cumprimento do princípio de direito internacional “*pacta sunt servanda*”.

Quanto à Santa Sé, no seu ordenamento jurídico interno, também o fez evidenciar, através de uma disposição inserida em ambos os CIC até hoje aprovados. O CIC de 1917, no cân. 3 prescrevia que «os cânones do Código de forma alguma ab-rogam ou ob-rogam⁷⁶³ as convenções feitas pela Santa Sé com várias nações; por consequência, continuam em vigor como até ao presente, não obstante quaisquer prescrições do Código em contrário». Por sua vez, o actual CIC, de 1983, previu uma norma de conteúdo semelhante, também no seu cân. 3: «os cânones do Código não ab-rogam nem derogam as convenções celebradas pela Sé Apostólica com os Estados ou outras sociedades políticas, pelo que elas permanecem em vigor, não obstante as prescrições contrárias deste Código».

4º passo — e último trâmite é a publicação

da Concordata nos respetivos jornais oficiais de cada Estado, por forma a que assim entre em vigor como parte do próprio ordenamento jurídico interno. No caso da Santa Sé, o jornal oficial, para tal publicação, é a “*Acta Apostolicae Sedis*”.

f) Interpretação das Concordatas

As Concordatas, como todo o tratado « (...) devem ser interpretadas de boa-fé, de acordo com o sentido comum a atribuir aos termos do tratado no seu contexto e à luz dos respectivos objecto e fim.»⁷⁶⁴

A interpretação que se tem por definitiva e obrigatória para ambas as partes contratantes e para os seus órgãos e cidadãos é a realizada por um órgão internacional admitido por ambas as partes ou a efectuada por mútuo acordo. A Santa Sé tem evitado o recurso às instâncias internacionais, nomeadamente ao Tribunal Internacional de Justiça, ao Tribunal de

⁷⁶³. «Como o Código não emprega as palavras “abrogare” e “obrogare” no mesmo sentido nos diversos lugares em que elas se encontram, só pelo contexto se pode conhecer a sua significação de cada um» in GIGANTE, José António Martins, op cit., p. 39

⁷⁶⁴. Artigo 31º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969.

Arbitragem Internacional ou à mediação, preferindo um acordo amistoso ainda que demore mais algum tempo a ser obtido. No caso de ser alcançado esse acordo, conforme as situações, a interpretação revestirá a forma de uma declaração conjunta, de um protocolo ou troca de notas, ou, até mesmo, uma declaração unilateral.

O órgão da Santa Sé competente para efectuar a interpretação das Concordatas ou outros tratados é a Secção dos Assuntos com os Estados, também chamada de Segunda Secção, junto da Secretaria de Estado.⁷⁶⁵

A Concordata de 1940, celebrada entre a Santa e Portugal, previa no seu artigo 30º que «Se vier a surgir qualquer dúvida na interpretação desta Concordata, a Santa Sé e o Governo Português procurarão de comum acordo uma solução amigável». No caso da Concordata de 2004⁷⁶⁶, esta prevê no n.º 1 do artigo 29º, o estabelecimento de uma comissão paritária, a qual tem, entre outras funções, a de «procurar, em caso de dúvidas na interpretação do texto da Concordata, uma solução de comum acordo», conforme a alínea a) do n.º 2 do referido artigo.

G) Cessação das Concordatas

Uma multiplicidade de causas pode produzir a cessação ou a suspensão de uma Concordata:

Em primeiro lugar, estão as disposições da Concordata ou o mútuo acordo entre as Partes. As primeiras são chamadas de cláusulas resolutórias, que condicionam a persistência da Concordata (ex.: Convénios franceses com a Santa Sé, de 1926); ou podem ser fixadas cláusulas temporais⁷⁶⁷. A cessação por mútuo acordo será sempre e a qualquer momento causa da extinção da Concordata, nomeadamente através da celebração de uma nova Concordata.

Outro modo de cessação consiste na denúncia, desde que prevista na Concordata ou que essa tenha sido a intenção das partes ou essa se possa deduzir da natureza concreta da Concordata, conforme dispõe o artigo 56º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Quando admitida, dever-se-á notificar a outra parte contratante, da intenção de apresentar a denúncia, com antecedência de um ano. Essa denúncia só pode operar em caso de violação grave ou alteração substancial das circunstâncias.

As violações das disposições são comuns na história concordatária. Ainda assim, uma qualquer violação da Concordata não é causa suficiente para a cessação desta. A violação tem que ser grave⁷⁶⁸, para que a parte lesada a possa dar por finda ou suspendê-la. Foram os casos da Alemanha, em 1937 e da Itália, em 1938, que entenderam suspender as suas Concordatas quando o Papa Pio XI condenou, através das suas encíclicas⁷⁶⁹, respectivamente, o nacional-socialismo e o fascismo.

Por outro lado, a invocação da alteração substancial das circunstâncias constitui uma forma de ultrapassar alguma rigidez do princípio do *pacta sunt servanda*, pois permite as partes contratantes se desligarem das obrigações de uma Concordata. A alteração substancial das circunstâncias foi uma figura originária do direito romano, que posteriormente foi transposta para o direito canónico e, finalmente, para o direito internacional, através dos artigos 62º e 65º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Pelos abusos de que pode ser objecto, as normas sobre as alterações das circunstâncias devem ser interpretadas restritivamente. Este modo de cessação, já era admitido pelo direito concordatário antes da sua consagração na Convenção de Viena⁷⁷⁰.

No caso de alteração das partes contratantes⁷⁷¹ cujos motivos não vêm todos contemplados na Con-

⁷⁶⁵. Anteriormente denominada de Conselho de Assuntos Públicos da Igreja.

⁷⁶⁶. No caso de Portugal, a última Concordata assinada com a Santa Sé foi em 18 de Maio de 2004, no Vaticano e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 74/2004, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 80/2004 e publicada no Diário da República, Série I-A, n.º 269, de 16/11/2004.

⁷⁶⁷. É o caso da Concordata com a Colômbia, cujo o período de validade é de 10 anos, prorrogáveis automaticamente se uma parte não notificar a outra com declaração em contrário.

⁷⁶⁸. Por violação grave entende-se não só a violação geral da Concordata, mas também de uma disposição essencial para a execução do fim dessa.

⁷⁶⁹. No caso da Alemanha tratou-se da Encíclica *Mit brennender Sorge* (1937) e no caso da Itália a Encíclica *Non abbiamo bisogno* (1931), dois documentos escritos directamente nas línguas dos Estados destinatários, quando a norma da época era serem escritos somente em latim.

⁷⁷⁰. Cfr. SALVADOR, Carlos Corral, S.J., «*La Relación entre la Iglesia y la Comunidad Política*», op. cit., p. 370

⁷⁷¹. Seja na sua forma (governo, regime, constituição) ou identidade (soberania ou território).

venção de Viena, a Santa Sé tem-se socorrido do Protocolo de Londres de 1871⁷⁷², segundo o qual «os tratados não perdem o seu valor qualquer que sejam as mudanças que têm lugar na organização interna dos povos». No caso concreto de alteração dos governos ou governantes estas modificações não afectam as partes contratantes, apenas os órgãos que actuam em representação da pessoa jurídica que é o Estado. O mesmo se aplica às mudanças de regime que afectam um Estado. Por exemplo, as Concordatas com Itália e a Alemanha sobreviveram a guerras, ocupações, a regimes totalitários e a monarquias.

Poderá sim afectar a aplicação de uma Concordata quando um Estado estabeleça uma reorganização que altere as competências entre as suas partes orgânicas. Foi o caso da República Federal Alemã, na qual a reorganização dos territórios dos *Länder* implicou uma redistribuição de competências, por exemplo, na educação.

Por sua vez, a alteração da constituição política de um Estado não é causa de cessação das Concordatas. O artigo 27º da Convenção de Viena estipula que «uma parte não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o incumprimento de um tratado.»

No entanto, existem situações que determinam a cessação das Concordatas, como são os casos de extinção do sujeito de direito internacional, questão que foi objeto da Convenção de Viena sobre a sucessão de Estados em matéria de Tratados, datado de 23-08-1978.

Uma primeira situação refere-se à perda ou aquisição da independência, o que ocorreu, por exemplo, quando Malta, se tornou independente da coroa britânica. Neste caso os convénios celebrados com o Reino Unido em 1889/1890 cessaram com a independência de Malta.

Outra situação de cessação ocorre quando se dá a perda ou aquisição de um território que pode que levar ao desaparecimento do Estado ou a uma transformação deste, desde que já não se possa considerar que estamos perante o mesmo Estado. Esta situação ocorreu com o desmembramento do Império Austro-Húngaro, no final da primeira guerra mundial, o qual ficou reduzido à actual Áustria. O mesmo deveria ter acontecido com a Alemanha, quando esta foi dividida em RDA e RFA, mas optou-se por considerar

esta última como herdeira da personalidade jurídica da Alemanha unificada. Da mesma forma se procedeu quando ocorreu a unificação das duas Alemanhas.

Uma terceira situação de cessação das Concordatas, por alteração dos sujeitos ou partes contratantes, surge no caso do desmembramento de parte de um território de um Estado e a subsequente incorporação da mesma no território de outro. Foram os casos da Alsácia-Lorena, dos territórios polacos entregues à Rússia e dos territórios prussianos entregues à Polónia. Em todos eles, o princípio aplicável foi de que teria de cessar a normativa concordatária existente no Estado a que pertenciam e submeter-se ao direito geral existente no Estado em que se incorporavam. No caso da Alsácia-Lorena, os Estados integradores preferiram manter intacto o regime concordatário ali vigente. Daí estar, actualmente, em vigência a Concordata napoleónica, de 1801. Nos territórios alemães entregues à Polónia cessou neles a Concordata do Reich.

Resumindo, na falta de acordo ou disposição especial concordatária, vigoram as normas da Convenção de Viena relativa às sucessões de Estados, de 1978:

- 1ª) Independência — aplica-se a regra da tábua rasa, ou seja, o desaparecimento do tratado preexistente (art. 16º)
- 2ª) Separação ou Unificação de Estados — aplica-se a regra da continuidade, de modo a que o tratado em vigor do Estado predecessor se aplicará ao Estado sucessor (art. 31º).
- 3ª) Anexação — aplica-se a regra da mobilidade de modo a que o tratado do Estado predecessor deixa de estar em vigor e entra em vigor o do Estado sucessor (art. 15º).

Por fim, resta-nos como causas de cessação das Concordatas a invocação da nulidade, extinção ou suspensão, conforme o procedimento prévio estipulado nas normas da Convenção de Viena de 1969 (artigos 65º-68º), que determina um dever de notificação das partes da sua intenção. Neste caso, deve-se ainda indicar as medidas que se propõem adotar em respeito ao tratado e as razões nas quais a suspensão, extinção ou nulidade se baseia. (artigo 65º).

Com a extinção da Concordata, salvo disposição em contrário, ocorrem as seguintes consequências:

Exime as partes da obrigação de cumprir a Concordata;

⁷⁷². Datado de 17 de Janeiro de 1871.

Não afectará nenhum direito, obrigação ou situação jurídica criadas durante a execução da Concordata, antes do seu término, conforme artigo 70º da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados.

4. Conclusão

O presente trabalho teve por objectivo fazer um brevíssimo estudo sobre o *ius tractandi* da Santa Sé e a sua história, em especial das Concordatas, instrumento privilegiado para esta estabelecer acordos com outros sujeitos de direito internacional, nomeadamente os Estados. No entanto, procurámos dar uma ênfase geral ao assunto trazendo as principais teorias doutrinárias sobre a natureza jurídica das Concordatas, nomeadamente realçando que estas são um contrato internacional entre Estados mas que em função da matéria, uma das partes obriga-se por mera razão de fidelidade. Isto porque, algumas matérias, ao contrário dos comuns tratados internacionais, têm uma intercepção obrigatória com a missão especial da Santa Sé, de natureza espiritual. No entanto, as Concordatas não se abstêm de tratar de assuntos de natureza temporal, nomeadamente de carácter patrimonial, fiscal, educacional e cultural.

De facto, apesar de alguma matéria que poderá ser chamada de exótica pelos juristas, não impede que o tratamento das Concordatas, pelo direito internacional, não deixe dúvidas que as mesmas são equiparadas a tratados internacionais *tout court*. Aliás, é feito um esforço significativo por parte da Santa Sé para que assim seja quer quanto à interpretação, processo de celebração e forma deste instrumento jurídico internacional. Os princípios de direito internacional estão lá presentes (boa fé, *pacta sunt servanda*, alteração substancial das circunstâncias). Quanto à cessação e interpretação das mesmas, a Santa Sé optou sempre por um processo conciliatório, evitando a todo custo qualquer forma contenciosa de resolução dos conflitos. Isto é bem patente nas últimas duas Concordatas que a Santa Sé celebrou com a República Portuguesa, quer através de uma comissão ou procedimento conciliatório formado *ad hoc*, quer da instituição de uma comissão paritária permanente.

Last but not the least, e porque estamos no âmbito da história do Direito trouxemos uma brevíssima re-

senha histórica do *ius tractandi* da Santa Sé, estando consciente que o mesmo poderia ser mais amplamente desenvolvido, pelo que decidimos, que no mínimo deveríamos juntar, em apêndice, a lista das concórdias celebradas com os Prelados portugueses, durante a Idade Média e Antigo Regime bem como a lista das Concordatas celebradas entre o Reino de Portugal e, mais tarde, com a República Portuguesa. No entanto, não esquecemos que a história do *ius tractandi* da Santa Sé começou após a queda do Império Romano e se desenvolveu a partir da Alta Idade Média.

Recensões

Recensão

José Sánchez-Arcilla Bernal

Jueces, criminalidad y control social en la ciudad d México a finales del siglo XVIII

Dykinson, S.L., Madrid, 2016, 456 páginas.

Isabel Graes

Na sua monografia mais recente com o título *Jueces, criminalidad y control social en la ciudad d México a finales del siglo XVIII*, José Sánchez-Arcilla Bernal retoma o estudo do direito hispano-americano que tem vindo a desenvolver nos últimos trinta anos seguindo uma linha já traçada por Rafael Altamira, Ricardo Levene e Alfonso García-Gallo, e mais recentemente por Susana García-León. O objecto da sua análise centra-se no quadro do direito criminal e da administração da justiça hispano-americana dos finais do século XVIII, verificado em particular na cidade do México, evidenciando o autor a necessidade para que o vector de reflexão do historiador do direito deixe de incidir no contexto jurídico palaciano, dirigindo-se, ao invés, para o mundo das Índias Ocidentais e para o conjunto de preceitos jurídicos que ali foram efectivamente aplicados. Este é, de facto, um dos problemas da historiografia do direito, a qual deve procurar conhecer não só o direito teórico, mas sobretudo o direito vivido e aplicado pela sociedade, o qual nem sempre correspondeu ao primeiro. Para o efeito, o autor recorreu à análise criteriosa e detalhada de algumas fontes primárias, tomando por base alguns livros de registo de ocorrências criminais e da correspondente decisão judicial (designados *Livros de Réus*) que totalizam cerca de sete mil assentos o que lhe permitiu dar a conhecer o modo como era administrada a justiça, bem como o tipo de crimes que eram cometidos e quais os seus autores. Entre os diversos *Livros de Réus* que se conservaram (correspondendo aos anos de 1794-1798), foram utilizados três tipos de registos: do “*corregedor; del alcalde ordinario e de Ronda*” (resultando este último nos dados lavrados pelos *guardafaroleros* a quem incumbia proceder à vigilância nocturna). Independentemente da notória importância destas fontes, o autor não deixa de frisar que as mesmas foram, ao longo do tempo, totalmente ignoradas pela doutrina espanhola e hispano-americana.

O estudo desencadeado centra-se na experiência vivida na cidade do México cujo acentuado crescimento verificado desde meados do século XVIII, decorrente da confluência de diversas etnias provocou o aparecimento de alguns problemas de natureza social que motivaram o vice-rei Martim de Mayorga a proceder à sua divisão administrativo-judiciária em 1782. Doravante e pretendendo o restabelecimento da ordem pública, as diversas circunscrições judiciárias ficaram sob a responsabilidade de diferentes categorias de magistrados, nomeadamente dos *alcaldes* da Sala do Crime da Audiência e os *alcaldes* do “*bairro*” que tinham por competência proceder à vigilância nocturna (contando ainda com o auxílio dos “*guardafaroleros*”), bem como resolver pequenas causas. Note-se também que o quadro das instituições judiciárias da cidade do México se apresenta de modo hierarquizado, revestindo alguma complexidade, o que aliás não é excepção se tivermos em atenção a situação vivida no continente europeu onde sobressaía a justiça especializada como tem sido detalhadamente estudado por Pedro Ortego Gil. Este paralelo é evidenciado por Arcilla-Bernal que procura no decorrer da sua exposição traçar a comparação entre o quadro jurídico que era aplicado na metrópole e na Nova-Espanha. Em termos genéricos a estrutura estava delineada entre a Real Sala do Crime da Audiência do México que ocupava o lugar de topo na qualidade de tribunal de apelação, seguindo-se os tribunais de primeira instância (ou julgados onde a jurisdição cabia ao corregedor ou aos *alcaldes ordinarios*). À semelhança do arquétipo vigente na metrópole, era igualmente reconhecido e respeitado o princípio do privilégio de foro pessoal e material que conferia por exemplo ao tribunal de recurso a possibilidade de conhecer da matéria em primeira instância. É ainda possível identificar a constituição do *Tribunal de la Acordada* enquanto entidade competente para conhecer dos delitos contra as pessoas e contra a propriedade.

Não esquecendo nem o quadro legal nem o discurso teórico ou mesmo o léxico jurídico vigente na metrópole, Arcilla-Bernal chama a atenção para a riqueza destes registos através dos quais é possível conhecer o direito que foi de facto aplicado no território ultramarino espanhol, pois mais do que conhecer o relato que é feito em termos teóricos pelos autores coevos, a apreciação da História do Direito só é possível se for conhecido o direito efectivamente aplicado (*law in action*). Deste modo, a sua análise conjuga ao longo de sete capítulos a apresentação da tipologia criminal vivenciada na cidade do México em que o autor procura dar a conhecer a evolução sofrida desde os textos ou compilações medievais como o *Fuero Real* e as *Sete Partidas*, ao mesmo tempo que evidencia como a ciência do Direito era entendida e aplicada pelos tribunais do Novo Mundo.

No capítulo III da sua obra é identificado um tipo de comportamento social que dada a sua expressividade impôs a classificação como delito, como decorre da Real Cédula de 1765, o que contrastava totalmente com a realidade vivida na metrópole. Falamos da embriaguez, a qual se tinha tornado um problema constante desde a fundação da cidade. Diversos eram os tipos e graus de embriaguez que compreende a utilização de vocábulos desde “*ebrio, muy ebrio, ebrísimo, borracho*” e “*bebido*”, a par do uso do termo *embriaguez*, os quais correspondem à prática isolada de actos ou ao concurso de crimes, até porque o entorpecimento das faculdades mentais assim o determinava. Frise-se que o consumo excessivo de álcool e os problemas daí advenientes muito embora fossem citados pelo legislador medieval das *Partidas*, não revestiram contornos assaz preocupantes senão no território Nova Espanha, ultrapassando a natureza de um mero facto ou causa de inimputabilidade como sucedia na legislação aplicada na metrópole. Identificada a prática delituosa com maior índice de ocorrências, não é possível concluir que esta correspondesse ao único dos delitos praticados, ainda que a expressividade numérica dos demais crimes não seja significativa, conforme é dado a conhecer pelas percentagens apresentadas.

Importa referir que a reconstituição do tipo de delito praticado, do seu autor e da pena aplicada só é possível através da análise casuística do registo individual feita de modo exaustivo e cuidadoso pelo au-

tor através da leitura dos diferentes *Livros de Réus*. Deste modo, a relevância deste acervo arquivístico é determinante não só para o conhecimento da sociedade hispano-americana do período *sub iudice*, mas sobretudo do direito vigente, sendo visível que nem sempre se aplicavam as penas comuns, ficando a decisão ao arbítrio do decisor o que revela na maior parte dos casos um grau de sensibilidade face ao tipo de infractor (dependendo por exemplo da idade, da etnia ou ainda do estado civil) e às circunstâncias em que havia sido praticado ou era dado a conhecer qualquer tipo de arrependimento face ao acto praticado. Todavia, apesar de se tratar de um fenómeno social transversal aos habitantes da cidade do México, o tratamento dado em termos da aplicação da pena variava consoante a etnia a que pertencesse o infractor, pelo que a pena podia oscilar entre a mera averiguação de vida e costumes, no caso dos espanhóis, mestiços e mulatos; e a aplicação da pena de trabalhos públicos dirigida aos índios, sendo contemplada ainda a pena de açoites, aplicada por exemplo às mulheres ébrias. Desta forma, convém salientar que as desigualdades em sede da medida da pena são significativas quer se trate da população espanhola ou dos nativos. Por esta razão, Arcilla-Bernal alerta para a importância do arbítrio judicial, tema ao qual dedicou também a sua atenção num texto de 2012 (*El arbitrium judicial en el Antiguo Regimen, España e Indias, siglos XVI-XVIII, Madrid*), o qual constituía, tal como na metrópole, um fenómeno transversal à hierarquia judiciária, pelo que não se pode concluir que fosse apenas uma característica dos tribunais das províncias ultramarinas, como exemplifica através da apreciação das “*cuerdas de reos*”, ou seja, das listas de réus que são encaminhados de modo “atado ou agrilhado” desde o local da sua condenação até ao presídio onde deveriam cumprir pena, nomeadamente de Vera Cruz, Havana, Pensacola e Acapulco. Deste grupo fazem parte cerca de cinco centenas de assentos que constituem uma fonte que até ao presente se apresentava totalmente inédita. Demonstrativas desta realidade são as decisões aplicadas no caso de homicídio que na qualidade de crime contra a vida constituiu um terceiro grupo de delitos que depois da embriaguez e dos crimes contra a propriedade mais se destacam na cidade do Novo México. Ao colocar a resolução destes casos sob a alçada do arbítrio judicial, as penas legais previstas inicialmente no *Fuero Real*, nas *Sete Partidas* e na *Nueva Recopilación* são afastadas em prol

de soluções mais brandas que consistiam, por vezes, na aplicação da pena de trabalhos por um período não superior, em regra a dez anos que deveriam ser cumpridas num determinado presídio. Note-se que este tipo de solução era aplicada comumente no que diz respeito à justiça criminal. A par de um tratamento que poderia ter por consequência a aplicação de medidas mais brandas, o autor chama ainda a atenção para o uso que era feito do direito de asilo que poderia implicar na impunidade ou no tratamento mais benévolo por parte dos magistrados para com os réus.

Assim e muito embora o crime de embriaguez surja como o delito com maior número de incidências, é preciso frisar que o mesmo pode ser entendido de modo autónomo ou associado a outro tipo de condutas ilícitas como o crime de danos, desordens (ou rixas), lesões corporais, injúria, roubo, furto ou de “*incontinencia*” (isto é, de actos de “*todas as espécies de uniões ilegítimas entre pessoas de diversos sexos*”, p.141; podendo em alguns casos corresponder a um período continuado — p. 201; donde se destacava a prática de acto torpe ou mesmo a prostituição, estupro, violação, homossexualidade ou o adultério). Ainda em alguns casos podia ocorrer a junção do adjectivo *escandaloso* (“*ebrio escandaloso*”), o que se, por um lado, constituía por si só um tipo de delito, ao ser acumulado conduzia, por outro lado, ao agravamento do acto praticado. O mesmo se passava face à utilização do termo “*insolente*” sempre que o infractor recorria, por exemplo, a blasfémias.

Se a prática do crime de embriaguez justificava a adopção de medidas autonomizadas na cidade do México, outro problema social era provocado pela prática do crime de furto e roubo, ainda que o cômputo final destes delitos registados nos *Livros de Réus* não fosse elevado (310) por oposição ao total de crimes de embriaguez (mais de 3500) e aos valores que a prática daquele crime apresentava nas “*Audiencias*” da metrópole. A este respeito, Arcilla-Bernal detém-se na reflexão jurídica, avocando o que considera ser um problema metodológico e procede à apreciação dos referidos termos à luz da tradição romanista seguida também pela legislação castelhana (*Sete Partidas* e *Nueva Recopilación*) e pela doutrina, donde se destaca Pradilla Barnuevo; salientando que no século XVIII os termos eram utilizados indistintamente na Espanha como aliás se verificaria com a Pragmática de 23

de Fevereiro de 1734. Como conclusão ao capítulo IV, explica o mesmo autor que se a partir de meados do século XVIII, a expressão furto qualificado é utilizada na Nova Espanha para designar o delito de roubo, tal medida teve provavelmente por fim “*una finalidad eminentemente pragmática: la de servir de guía a los jueces legos y escribanos de los pueblos y provincias encargados de coar y sentenciar las causas que les llegaban a sus respectivas jurisdicciones*” (p. 180).

O penúltimo tipo de delito cometido é analisado no capítulo V sob a designação coeva de delitos de luxúria, carnavais ou de “*incontinencia*” onde se incluem os crimes sexuais, tal como são designados actualmente. Dentre estes destacam-se o estupro e a violação. Tal como no capítulo anterior, a apreciação conceptual numa linha jus-histórica é seguida, destacando o autor a necessidade para o rigor terminológico, sendo introduzido o conceito de “*llevar por fuerza*” e “*robar*” ou raptar, donde o termo “*forçar*” deve ser entendido como condução à prática de um acto que não reside na vontade daquele que o pratica para assim ser classificada a prática de coito ilícito. Novamente o sentido adoptado na Nova Espanha seria distinto daquele que era seguido na mesma altura na metrópole, até porque, explica o autor, a redacção utilizada nos *Livros de Réus* dá a conhecer que os magistrados que os lavravam não detinham elevados conhecimentos jurídicos que lhes permitissem uma redacção jurídica cuidada, parecendo que a utilização do vocábulo violação deve ser entendido como sinónimo de “*acceso carnal*”; e, por isso, Arcilla-Bernal explica que no âmbito dos *Livros de Réus*, os termos “*robar, hurtar e raptar*” não implicam violência, como o fazia o legislador das Partidas, sendo o verbo “*robar*” utilizado não no sentido técnico-legal, mas apenas com o significado de retirar uma mulher do seu domicílio, paterno ou conjugal, sem fazer uso da força (p. 267).

No capítulo VI são analisados os crimes contra a vida evidenciando-se para este efeito a utilidade das listas de réus ou “*cuerdas de reos*” das quais constam o nome do réu, lugar de nascimento e/ou de residência, idade, etnia, ofício, estado civil, nome da mulher, prisão em que se encontrava detido, o tribunal que o julgara; o delito cometido, a pena aplicada e a data em que devia começar a contar o cômputo da sentença.

No caso do crime de homicídio é identificado um total de 571 assentos, donde 537 correspondem à cifra global de réus condenados pelo crime de homicídio simples sendo a pena mais comum a de seis anos de prisão, a qual quase nunca era aplicada na mesma proporção aos cúmplices. Os casos de homicídio qualificado também estão contemplados conforme se depreende do modo como estão descritas as práticas delituosas, fazendo prever o parricídio, matricídio, fratricídio, infanticídio e uxoricídio.

Porque a sociedade no Novo Mundo era maioritariamente composta por elementos do sexo feminino, o penúltimo capítulo (VII) retrata o peso que poderia revestir um comportamento desajustado e patológico por parte das mulheres, em especial se estas se revelassem as autoras de delitos como a embriaguez, o furto, o roubo e a assunção de práticas licenciosas. Só assim poderia estar completa a análise do quadro sócio-criminal e jurídico da cidade do México. Todavia, neste último caso os estudos apresentados pela jus-historiografia, ainda que nos últimos anos se tenham destacado, não permitem ainda que se tracem conclusões muito precisas, sobretudo no que tange ao contexto hispano-americano do período moderno dada a escassez de dados ou a dificuldade na sua precisão decorrente por exemplo da incompletude da enunciação dos nomes das rés, normalmente apenas designados pelo nome próprio. Também o factor idade e o estado social são, na maioria dos casos, desconhecidos. Saliente-se, por fim, que num universo de cerca de 7038 assentos analisados nos *Livros de Réus*, apenas um total de 1677 corresponde a delitos praticados por mulheres, destacando-se os casos de embriaguez, os delitos sexuais (“*incontinencia*” adulterina, incestuosa, entre outros), pequenos furtos e roubos, agressões, ofensas contra a honra, injúrias, violação do toque de recolher nocturno e alterações da ordem pública.

Inovador, atento, exaustivo, mas ciente de que o tema versado merece mais atenção por parte do historiador do Direito, ao qual o próprio autor pretende dedicar os seus próximos trabalhos, assim se revela o texto mais recente de Arcilla-Bernal que, ao longo de cerca de quase cinco centenas de páginas e sem descurar os aspectos sociais subjacentes, analisa a tipologia criminal e as decisões judiciais tomadas; evidenciando as diferenças criadas para o caso concreto

de uma província ultramarina da Nova Espanha: a cidade do México. Por este motivo o trabalho adquire um lugar de destaque na compreensão do direito judiciário espanhol do Antigo Regime.

Recensão

Pedro Ortego Gil

Estadística y control de la actividade judicial durante el siglo XIX

Dykinson, S.L., Madrid, 2016, 347 páginas.

Isabel Graes

Tomando como ponto de partida a expressão dicotómica “the law in the book” e “the law in the action”, Pedro Ortego Gil resgata dos arquivos judiciais e ministeriais um conjunto valiosíssimo de fontes documentais que ao serem cotejadas com os textos legais então vigentes permitem dar a conhecer a importância da implementação da estatística e os seus efeitos no controlo judicial verificados em Espanha ao longo do século XIX, como é sublinhado pelo título da obra que acaba de publicar. A metodologia seguida é enaltecida pelo prefaciador da obra (José Sánchez-Arcilla Bernal) que ressalta a relevância da conjugação das duas maneiras de fazer história e de compreender o passado e as instituições que o caracterizaram. Entre as fontes utilizadas é privilegiado o recurso aos quadros elaborados e remetidos periodicamente pelos diversos magistrados que traduzem deste modo a realidade judicial de cada comarca e, mais tarde, de cada província, permitindo com esta informação apurar, entre outros aspectos, o tipo de processos em trâmite, quais as partes e áreas jurídicas envolvidas e a respectiva duração de cada pleito. Desta forma, mais do que a construção ou representação de meros róis de informação era divulgado o estado da justiça, ao mesmo tempo que era colocado em prática o controlo da actividade judicial. Apesar da evidente curialidade e implicação das referências transmitidas para a compreensão do direito judiciário espanhol, a sua assunção prática foi não só morosa como enfrentou alguns revezes político-jurídicos no decorrer do século que as viu nascer. Indica ainda Pedro Ortego Gil que ao conferir tal tarefa ao magistrado, o legislador ordinário perspectivava o traçamento de uma visão global do estado da justiça e do cumprimento da legislação, a qual se destinava a ser divulgada posteriormente pelo Ministério de Graça e Justiça através dos periódicos oficiais de que é exemplo a *Gaceta de Madrid*; da imprensa em geral; ou ainda, dos anuários de estatística. Muito embora o mérito de tais

objectivos tenha sido inquestionável, a primeira metade do século XIX não deixou contraditoriamente de se cingir à apresentação de conclusões parciais e em anos alternados, como é traçado ao longo dos primeiros capítulos.

Ao repartir a sua análise por onze capítulos, o autor centra-se inicialmente em quatro momentos cronológicos, a saber: 1726-1788; 1792-1834; 1834-1842 e 1843 fazendo corresponder ao primeiro ciclo o momento em que se fundam os alicerces das tábuas estatísticas desencadeadas por uma determinação régia introduzida no auge do período absolutista em que a adopção dos novos instrumentos está associada ao arquétipo da boa governação, consideração que seria frisada e reiterada um século mais tarde pelo catedrático de Economia Política e Estatística da Universidade de Madrid, Melchor Salvá. Dados os primeiros passos, são identificados alguns factores de ponderação na construção e desenvolvimento da estatística judicial em Espanha. Assim, e em primeiro lugar, enquanto as faculdades espanholas teimavam em não actualizar os respectivos cursos, impedindo que esta nova ciência fosse conhecida, realidade que se manteve até meados da segunda metade do século XIX, a Europa assistia aos Congressos de Bruxelas e Paris onde a matéria era profusamente debatida. A par destes contributos, Pedro Ortego Gil invoca também os estudos feitos ao longo de oitocentos, donde se destaca o trabalho de Guillermo Guillamas, magistrado do tribunal de Maiorca, sobre a actividade desta instituição judiciária, em que se atende a uma conjugação do tipo de comportamentos delituosos verificados e das penas impostas com alguns aspectos de natureza socioeconómica; seguindo-se a análise de Eugenio Escobedo, autor de estudo de natureza territorial datado da segunda metade da década de quarenta que incide sobre a região de Valência; ou ainda o de Fernandez Baeza sobre a *audiencia* de Madrid.

Após uma breve exposição da sistematização a seguir e sem esquecer que se trata de uma matéria de difícil adequação e execução prática, Pedro Ortego Gil apresenta no segundo capítulo as primeiras medidas régias que impuseram uma certa periodicidade na transmissão de informação relativa ao estado dos processos que se encontravam em trâmite em cada uma das comarcas, citando para o efeito um acto de 1726 durante o reinado de Filipe V que reflecte uma total sintonia com o modelo governativo de contornos centralizadores e paternalistas que caracterizou aquele período. Não obstante a imperatividade da disposição que determinava em última instância o encaminhamento de toda a informação então recolhida ao Secretário de Estado e do Despacho, o acatamento da medida não se verificou senão a partir de 1747 e ainda assim com diversas falhas, quer no que diz respeito à periodicidade anual relativa ao envio dos dados obtidos, quer na completude de conteúdos transmitidos, dado que normalmente apenas era espelhada a realidade criminal, como sucedeu em 1767 em relação ao distrito judicial da Catalunha. Só no reinado de Carlos III (1783) e novamente apenas no que diz respeito ao foro criminal foi finalmente atingida a consolidação do controlo judicial, sendo tomada como circunscrição de referência o tribunal territorial, isto é o tribunal da chancelaria, ainda que tampouco seja conhecido o número total de processos tramitados.

Antes do final de setecentos são introduzidas algumas alterações ao serem publicitados os planos ou estados anuais em todos os tribunais, como consequência de dois actos legislativos datados de 1792 que obrigaram ao envio anual de uma relação impressa do número de pleitos cíveis e criminais, assim como dos expedientes despachados pelas respectivas *seccões* dos tribunais envolvidos. Deste modo, os primeiros dados então divulgados tiveram por referência a informação relativa ao ano anterior (1791) e foram publicados pela chancelaria de Granada que sempre se destacou pela inteireza e continuidade dos dados difundidos. Todavia esta característica não era transversal a todas as *audiencias*, sendo distinto o grau de desenvolvimento e detalhe no tratamento dado à presente matéria, o que não impediu que se tivesse institucionalizado a prática de apensar os discursos dos presidentes dos respectivos tribunais. Assim, ao rigor seguido por Sevilha e pela Chancelaria de Granada no tratamento dado à matéria cível, se opôs a realidade

das *Audiencias* de Valência, Aragão ou da Estremadura. Uma palavra é ainda devida à informação relativa aos processos-crime que revestiam contornos mais abrangentes, sendo identificado o tipo de processo, as partes envolvidas, as sentenças proferidas, bem como os despachos de mero expediente então lavrados e a inserção de valores parciais e totais relativos ao número de processos atribuídos a cada relator, sem exceptuar as referências às causas de morte, aos diferentes tipos de delito praticado e ao tipo de pena aplicada, destacando-se, para o efeito as tábuas remetidas pelas *audiencias* da Catalunha e da Estremadura. Salienta Pedro Ortego Gil que no termo da mesma centúria foi imposto igual procedimento aos territórios ultramarinos da América Central, sendo tomado como referência o modelo estabelecido pelo distrito do México. Neste caso, e tal como na metrópole, a sua finalidade era meramente processual, de controlo e vigilância dos processos, ainda que se denote a função de controlo sobre a actividade dos juizes.

Ao sucederem-se os períodos de ocupação napoleónica e de implantação do liberalismo gaditano, não ocorreram quaisquer modificações no quadro já exposto, optando as Cortes de 1812 por consagrar (em 9 de Março deste mesmo ano) a obrigação de envio periódico de informação judicial. Deste modo, é mantido o relevo dado à estatística enquanto sinónimo da boa administração, o que levou as autoridades governativas e económicas a reclamar um considerável número de dados para melhorar a situação que se vivia. Recorde-se que nos termos do próprio texto constitucional e após demorada discussão na Assembleia Constituinte, donde se destacam as vozes de José de Zorraquín e Antonio Oliveros, foi atribuída ao Supremo Tribunal a competência para examinar as listas enviadas pelas *audiencias* que devia remetê-las, por sua vez, ao Governo. A própria Constituição definia os contornos administrativos do envio da referida matéria distinguindo as diversas instâncias então estratificadas em três planos, a saber: os tribunais locais, as *audiencias* e o Supremo Tribunal; sendo especificado o tipo de causa em trâmite. Como o próprio autor define — “as disposições e práticas do Antigo Regime ficavam constitucionalizadas e o legalismo absolutista era transformado em preceito constitucional” (p.37), como aliás também se encontra reflectido no *Reglamento das Audiencias e julgados de primeira instancia* de Outubro do mesmo ano.

Entrecortado pelos sucessivos retornos ao absolutismo régio (1814 e 1824), a política de envio de informação judicial continuou, em suma, a ser observada, distinguindo-se dois tipos de controlo: um mensal e outro anual. Enquanto o primeiro conferia uma informação circunstanciada da situação criminal e da actuação judicial; o segundo revelava a actividade dos tribunais e a distribuição dos delitos, aspectos que não eram preteridos pelas autoridades militares e governativas. De salientar que a partir de 1828, as publicações passam a disponibilizar dados mais pormenorizados sobretudo em matéria penal, ainda que a realidade se restrinja a identificar um conjunto limitado de distritos, ao invés de proceder a uma exposição em moldes nacionais, como era já efectuado, para o mesmo período, em França. Em termos apreciativos, Pedro Ortego Gil entende que não há ainda um intuito de cotejamento total a nível nacional que permita levar a cabo uma apreciação global, até porque o interesse do monarca residia essencialmente na matéria criminal em detrimento das causas cíveis. Paralelamente e com excepção da indicação das listas de causas pendentes, convém não esquecer que os dados relativos a cada julgado não eram nem fiáveis nem completos.

Assim, traçada esta pequena conclusão, é tomado como referência o período de 1834-1842 (capítulo IV), coincidindo a primeira data com o momento da publicação em França da obra de Alexandre Moreau sobre a estatística espanhola onde são dados a conhecer os pontos nevrálgicos da realidade então vivida e que patenteava a existência de uma organização judicial defeituosa complementada por uma legislação obsoleta e pela permanência de tribunais de excepção. Saliente-se que os citados obstáculos já haviam sido referidos em 1827 na *Gaceta de Madrid*, procurando-se a sua resolução através da elaboração de quadros da actividade judicial mais detalhados, como ocorreu com o tribunal de *audiencia* das Astúrias que para o período compreendido entre os anos de 1828-1834 apenas tem em falta a informação relativa aos anos de 1834, 1838 e 1841. Mais uma vez não é possível concluir que a prática se havia generalizado por todo o território, apesar de terem sido vários os diplomas que consagraram a obrigatoriedade da remessa de informação judicial. A este respeito e para o período enunciado pode ainda referir-se o *Reglamento provisório para la Administración de la Justicia*, de 26

de Setembro de 1835 completado pelas *Ordenanzas para todas las audiencias de la península e islas adyacentes*, de 19 de Dezembro também do mesmo ano, bem como as *Reales Ordenanzas* de 11 de Janeiro de 1836 e de 5 de Fevereiro de 1837 que reiteraram a regra de envio ao Supremo Tribunal instituída em 1820 e que a Circular do mesmo órgão consolidaria em 19 de Outubro de 1841, o que leva Pedro Ortego Gil a concluir que qualquer um destes diplomas levava a que se convertesse o juiz em informador e não em julgador, dado que as competências criadas tinham um cariz governativo e não judicial. Em suma, caminhava-se no sentido de transformar o juiz num membro da Administração.

Às deficiências de natureza humana e económica que constituíam as falhas mais evidentes na concretização do modelo estatístico, deve somar-se a instabilidade política que caracterizara as três primeiras décadas de oitocentos e que contagiava agora o ano de 1843. Apesar das dificuldades ora citadas, é no decurso deste último período que é apresentada pela primeira vez a estatística criminal oficial do reino de Espanha. O avanço merece a devida autonomização (capítulo V) e se os modelos propostos e lançados em 1834 representavam já um notável progresso na realização da moderna estatística a que se associou na década seguinte o início de um interesse especial pela estatística judicial patente na memória lida por Eugenio Garcia de Gregorio na Academia Madrileña de Jurisprudência e Legislação; o país (Espanha) não deixava de prosseguir sob uma “mortal apatia”, por oposição às experiências francesa e alemã onde a prática estatística se encontrava bastante desenvolvida. Por este motivo, em 23 de Dezembro de 1844, o Ministério de Graça e Justiça fez circular uma Real Ordem em que determinava a realização da estatística da justiça criminal para o ano de 1845, fixando, de imediato, algumas regras quanto à sua elaboração. O preceito é cumprido e no dia 1 de Janeiro de 1845 é publicada pela primeira vez pelo Ministério de Graça e Justiça uma estatística conjunta dos quinze tribunais territoriais e do Supremo Tribunal acompanhada de uma análise global. O relevo de tal empresa é assaz enaltecido e valorizado pelas revistas jurídicas coevas e pelo *Diccionario geográfico estadístico y histórico de España y sus posesiones de Ultramar*, de Pascual Madoz; ainda que se tenha limitado à matéria criminal, o que era justificado nas palavras de Luis Mayáns

constantes da exposição preliminar com o argumento de que aquela matéria espelhava de modo singular a realidade judicial facilitando o seu aperfeiçoamento.

No entanto, em Espanha, não era ainda chegado o momento da apresentação das estatísticas gerais, como o reflecte a Instrução de 30 de Setembro de 1853; por oposição ao movimento que caracterizava a Europa que assistia à difusão da internacionalização das estatísticas reunindo-se em torno desta matéria em Bruxelas (1853). Sucederam-se em 1855 e 1857 os II e III Congressos Internacionais em Paris e em Viena, mais tarde replicados nos anos de 1863, 1867, 1869, 1872 e 1876, respectivamente em Berlim, Florença, Haia, São Petersburgo e Budapeste; resultando como uma das conclusões daqueles dois primeiros eventos, a necessidade de se ampliar a estatística judicial à matéria cível, não se cingindo apenas à criminal. Todavia, os ecos continuam a não se fazer ouvir em toda a sua plenitude em Espanha, não obstante a promulgação de novos diplomas como a *Ley de enjuiciamiento civil*, de 5 de Outubro de 1855, sendo mantida a adopção de uma metodologia empírica como concluem Carreras e Piernas, citado por Pedro Ortego Gil que remata que a mudança só ocorreu com a criação, em 3 de Novembro de 1856, da Comissão Geral, mais tarde, designada Junta de Estatística do Reino (1861).

Todavia, e como o autor anteviu logo no capítulo IV, uma das perguntas a que urgiu responder, centrava-se na selecção dos funcionários mais adequados para a execução desta tarefa: impondo-se conhecer se poderiam ser os próprios juizes ou os delegados do Ministério Público a fazê-lo ou, se por oposição, deveriam ser criados funcionários especializados *ad hoc*. O problema não foi de fácil e imediata resolução, tendo-se colocado particularmente no período de 1858 a 1863 (cap. VII) em que as soluções articularam as duas opções, especialmente depois da criação dos serviços de inspecção e estatística judicial criados no âmbito do Ministério de Graça e Justiça que continuava a centralizar toda a informação recolhida a este respeito, mesmo que os órgãos em causa estivessem sob a tutela de outra pasta ministerial, como era o caso dos tribunais militares, eclesiásticos e de comércio; sem descurar contudo o exercício do controlo político. Se o incremento das funções envolvidas justificava a criação de novos serviços nos diversos

tribunais, a conjugação dos dois modelos não deixava de produzir uma solução parcialmente infrutífera pois não excluía os magistrados do processo de recolha e tratamento de dados estatísticos, facto que para alguns quadrantes da doutrina era tido como inaceitável, uma vez que tais práticas extravasavam totalmente as verdadeiras funções judiciais.

Por último e antes da viragem do século, seriam carreadas as últimas alterações conducentes à consolidação da estatística judicial em Espanha, donde se destaca o restabelecimento do serviço de estatística da administração de justiça no âmbito criminal (1884) no Ministério de Graça e Justiça; a retoma da publicação da estatística criminal a partir de 1885; ao mesmo tempo que se apresentavam as novas publicações, agora menos extensas se comparadas com as de 1860 e com informação seriada, sem excluir as jurisdições especiais, o que permitia fixar critérios comparativos não só entre *audiencias*, mas também entre os distintos períodos anuais. Deste modo, e com Pedro Ortego Gil podemos concluir que o caminho percorrido desde o mero controlo ministerial da actividade judicial sobre as causas criminais pendentes nos julgados à adopção das tabelas estatísticas gerais foi, de facto, longo e de difícil execução, indiciando inúmeras contrariedades de natureza legislativa, política e administrativa que traduziram a dificuldade em estabelecer a correspondência entre o direito legislado e o direito efectivamente aplicado como é evidenciado pelo magistral trabalho de Pedro Ortego Gil que assim instaura um novo capítulo no estudo do direito judiciário espanhol.

Recensão

Jean-Louis Halpérin

Five Legal Revolutions since the 17th Century. An Analysis of a Global Legal History

Springer, Cham, 2014, 195 páginas.

António Pedro Barbas Homem

Jean-Louis Halpérin é um conhecido e renomado historiador do Direito e das instituições do Departamento de Ciências Sociais da Ecole Normale Supérieure de Paris.

Ao longo da sua carreira, tornaram-se referência obrigatória para os investigadores europeus os estudos dedicados ao Código Civil francês e à evolução histórica do direito privado francês desde 1804.

Com o ensaio publicado em inglês na editora Springer sobre *cinco revoluções jurídicas desde o século XVII*, Jean-Louis Halpérin intenta, como o subtítulo indica, escrever uma história jurídica global e comparada.

Investigar as raízes do direito do nosso tempo é uma tarefa apenas possível a quem possui uma vasta experiência no trabalho historiográfico e uma sólida erudição. O Autor, efectivamente, estuda e compara a evolução do direito e da política de países marcantes da história europeia, especialmente a França, a Alemanha e o Reino Unido, bem como a dos Estados Unidos.

O presente ensaio é uma penetrante visão da formação do mundo contemporâneo ou, como prefeririam dizer os nossos colegas anglo-saxónicos, da modernidade.

De outro lado, é um brilhante convite a uma renovação da historiografia, em geral, e especialmente da historiografia jurídica, através do cultivo da metodologia dos estudos comparados.

A pergunta de base é simples: o que é revolucionário na construção dos Estados modernos?

É conhecido como os historiadores do direito vivem marcados pela interrogação acerca da relação entre continuidades e rupturas históricas. Torna-se assim necessário compreender conceitos como os de tradição jurídica, tradição jurídica ocidental, educação jurídica, organização profissional do direito e deontologia profissional — conceitos chave para quem queira entender as revoluções feitas a partir das próprias instituições jurídicas.

A narrativa assume algumas importantes pré-compreensões, necessárias, segundo Jean-Louis Halpérin, para o entendimento do objecto. Essas pré-compreensões são os modelos hermenêuticos do positivismo de matriz kelseniana e de Hart, necessárias, segundo o Autor, para delimitar as fontes a utilizar na pesquisa e na construção crítica da evolução jurídica.

Embora tenha dúvidas sobre as opções hermenêuticas, uma vez que elas assentam num determinado conceito de Estado e de direito que não é ele próprio fruto das épocas estudadas, compreendem-se as preocupações com a definição de uma metodologia de análise clara e rigorosa: de outro modo, perderia nitidez a própria possibilidade de comparação jurídica, designadamente entre os modelos da *civil law* e da *common law*.

Compreendem-se igualmente as preocupações com a educação jurídica e a deontologia das profissões jurídicas. Pela minha parte, tenho igualmente sublinhado a importância destes temas para o estudo da cultura e do pensamento jurídicos. O enraizamento do jurídico na sociedade só pode ser compreendido nesta perspectiva e não, ideia que Halpérin claramente considera insuficiente, na descrição de teorias de juristas nacionais fora dos resultados da cultura jurídica dos seus países. Frequentemente, a história do pensamento jurídico não é mais do que a história da literatura jurídica ou ainda história da filosofia do direito.

Quais são as cinco etapas revolucionárias do direito global, segundo Jean-Louis Halpérin?

A codificação, de um lado, e a metodologia da *law reporting*, consideradas como uma revolução através da sistematização do direito. É sem dúvida inovador este olhar para a metodologia do law reporting, que nasce associada à técnica dos precedentes, como algo de paralelo ao movimento codificador e à inerente sistematização dos materiais jurídicos.

O terceiro facto revolucionário é constituído pelo constitucionalismo moderno, considerado uma revolução sempre em marcha.

O quarto facto, menos relevante em países em que as opções políticas foram no sentido do Estado unitário, é o direito federal, modelo mais recente de algumas transformações na ordem jurídica europeia.

Finalmente, o Autor questiona se o direito internacional ou global constitui uma revolução inacabada.

O ensaio de Halpérin sublinha algumas das transformações jurídicas mais importantes e o modo interno do seu desenvolvimento. São especialmente importantes as observações acerca da história da *common law* e do modo como o direito dos precedentes se desenvolveu num tempo histórico bem mais recente do que usualmente é apresentado nos livros de história do direito. E como, de outro lado, se articulam as novidades da codificação civil francesa com as das experiências da consolidação e codificação de matriz absolutista, designadamente prussiana e bávara.

Como já havia apresentado nas investigações acerca da codificação francesa, Halpérin alerta para a necessidade de se investigar melhor a relação entre a codificação francesa, com a sua técnica utilizada de sintetizar em grandes princípios gerais matérias fundamentais para a prática jurídica, e a metodologia do desenvolvimento judiciário do direito. Longe da ideia usualmente apresentada nas sínteses históricas que vê no juiz francês a boca que profere as palavras mudas da lei, pelo contrário, o livro sugere que se compare a técnica francesa de desenvolvimento judiciário da lei — na realidade, pouco detalhada — e a técnica inglesa de realização do direito através do judiciário.

Resulta daqui uma ideia importante, que de algum modo implica relativizar a própria ideia de ruptura revolucionária: o conhecimento dos textos e das técnicas utilizadas nestes processos de reforma dos diversos países europeus mostra-nos que o mundo dos juristas, apesar das diferenças dos territórios dos Estados e dos seus direitos, demonstrava conhecimento e mútuas influências.

De outro lado, estas transformações só foram possíveis porque ao mesmo tempo se desenvolvem novas estruturas profissionais, designadamente na advocacia e no mundo judiciário.

Este aspecto é igualmente realçado no capítulo dedicado ao constitucionalismo. Halpérin sublinha a importância dos elementos jurídicos numa revolução política e como o pensamento jurídico vai moldar a

experiência do novo Estado e da sociedade americana. A relação entre constitucionalismo e apreciação da constitucionalidade das leis e actos do poder por um tribunal independente constitui um elemento central na análise da revolução jurídica produzida por este novo constitucionalismo. Nesta leitura, a ruptura introduzida com o constitucionalismo setecentista abre as portas a uma outra ruptura, consumada apenas com as constituições do pós-guerra, que, a começar pela Lei Fundamental de Bona, não apenas criaram um tribunal constitucional, como inovaram ao prever um processo ainda em marcha de reconfiguração do texto constitucional através da interpretação das normas e princípios constitucionais pelos juízes dos tribunais superiores.

O modelo federal, adoptado desde a fundação respectiva pela Suíça e pelos Estados Unidos, constitui um outro momento revolucionário da história do direito. De novo e continuando a seguir a análise de Halpérin, pela sua relação com os modernos desenvolvimentos do direito europeu e da Europa. A construção europeia, estudada também a propósito de decisões chave do Tribunal de Justiça da União (e dos seus antecessores), é assim colocada numa perspectiva comparativa com os seus eventuais modelos inspiradores, suíço e norte-americano.

Finalmente, uma última etapa revolucionária, em curso!, é constituída pelo direito internacional ou global. A alternativa internacional — global mostra que o processo ainda está em curso mesmo no plano semântico. Partindo também da análise e propostas de compreensão hermenêutica de Koskenniemi acerca da construção do direito internacional apenas a partir do século XIX, também neste plano, como nos capítulos anteriores acerca do surgimento da codificação, do constitucionalismo e agora do direito internacional, uma das evidências descritas pelo Autor é a judicialização que acompanha estes fenómenos.

Pela minha parte tenho também chamado a atenção para estes elementos, porquanto a emergência do controlo judicial da constituição não seria possível sem a institucionalização de supremos tribunais ou de tribunais constitucionais; que o nascimento do liberalismo e da codificação do direito foi acompanhada pelo nascimento dos tribunais de cassação e supremos tribunais; e que, finalmente, o desenvolvimento do direito internacional dos nossos dias seja igualmente contemporâneo da criação de tribunais internacionais.

Contudo, o direito processual, de um lado, e a estrutura, organização e critérios de recrutamento dos juízes continuam muito ligados a tradições nacionais. Para além da aproximação que resulta das revoluções jurídicas dos últimos séculos, o recrutamento e a formação dos juízes continua monopólio dos Estados, na verdade, com modelos muito distintos de Estado para Estado.

Diria, a concluir, que o próprio tema e metodologia do Autor já são fruto da globalização em curso!

Compreender a evolução do jurídico implica, portanto, redefinir cronologias históricas e tarefas hermenêuticas, abertura de espírito para discutir fenómenos de aculturação e de transmissão de culturas — matérias que a relutância do historiador do direito perante abordagens que implicam repensar métodos consagrados tinham sido deixadas para os cultores da antropologia e sociologia jurídicas ou para os comparatistas.

Neste aspecto, é pena que Halpérin não tenha entrado na análise do mundo de língua portuguesa, que em muitos aspectos acompanha estas cinco revoluções, mas que em outras mostra especificidades e complexidades — as do mundo colonial, da independência e construção do Estado e do direito brasileiro, nomeadamente.

Mas o ensaio *Five Legal Revolutions since the 17th Century. An Analysis of a Global Legal History* é de uma tal riqueza de pontos de vista e de sugestões de interpretação que certamente ficará como uma obra marcante da cultura jurídica do século XXI e um texto indispensável para compreender a dinâmica da evolução jurídica nos últimos séculos na Europa.

Recensão

Mónica Sifuentes

Um Poema para Bárbara. A História de Amor que Ajudou a Escrever a História do Brasil, Gutenberg

São Paulo e Belo Horizonte, 2015, 432 páginas.

António Pedro Barbas Homem

Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, juíza de carreira e actualmente desembargadora no Tribunal Regional Federal da 1.^a Região do Brasil, Mónica Sifuentes é uma prestigiada magistrada brasileira, com uma carreira que inclui uma passagem pelo Centro de Estudos Judiciários, a escola da magistratura portuguesa.

Tem também uma importante produção científica no domínio do direito público, designadamente em torno das questões educativas e da metodologia judiciária. As suas publicações acerca do direito à educação e sobre o papel dos tribunais superiores e a súmula vinculante tornaram-se referências fundamentais para a comunidade jurídica.

Devo, aqui, uma declaração de interesses: sou amigo da Autora vai para muitos anos, quando Mónica Sifuentes estudava em Lisboa. E feita esta declaração quanto aos costumes, isso não me impede de escrever as observações seguintes acerca da voga do romance histórico, em geral, e acerca de *Um Poema para Bárbara*, livro com o qual a Autora se estreia na grande literatura.

As últimas décadas têm vindo a consagrar o romance histórico, de novo, nas preferências do grande público. Hoje, muitas livrarias, tanto em Portugal e outros países europeus como no Brasil, reservam um conjunto de estantes para o romance histórico, tal o interesse e a disponibilidade que o público leitor demonstra por este tipo particular de literatura.

Editoras e livrarias especializaram-se neste género literário.

Nos últimos vinte anos, Portugal conheceu um renovado interesse pelo romance histórico.

Saramago, com *Memorial do Convento* e *A Viagem do Elefante*, é uma referência imprescindível. João Aguiar, especialmente com *Um Deus Passeando pela Brisa da Tarde* demonstrou uma maestria incomparável. Fernando de Campos, Miguel Sousa Tavares (*Equador*), historiadores e ensaístas como Vasco Pul-

do Valente (*Glória*), advogados como Germano de Almeida (*A Morte do Ouvidor*), são alguns dos escritores recenseados, mas a galeria de autores é vastíssima, de Diogo Freitas do Amaral a Domingos Amaral, Isabel Stilwell, Maria João Lopo de Carvalho, João Morgado, Carlos Vale Ferraz, Mário Silva Carvalho, Jorge Moreira da Silva, Maria João Fialho Gouveia, Ana Cristina Silva, Maria João da Câmara, Maria Antonieta Costa — apenas para falar de escritores dos nossos dias! Richard Zimmler pode também ser aqui nomeado (*O Cabalista de Lisboa*, entre outros títulos).

Na verdade, para referir apenas alguns escritores, porque a lista de romancistas históricos é bem mais extensa.

As biografias dos reis e rainhas de Portugal, para além do seu valor historiográfico, também estão na moda.

Do lado brasileiro, Laurentino Gomes com o romance 1808 e as suas sequelas popularizou o género em torno de uma época.

Será motivo para análise este interesse actual pelo romance histórico?

Não sendo dado a interpretações políticas e psicanalíticas, este regresso do romance histórico em pleno século XXI, no momento em que os dispositivos electrónicos e digitais dominam as nossas vidas, é intrigante.

O nascimento do romance histórico no século XIX com as primeiras gerações de romancistas históricos, Walter Scott e Charles Dickens em Inglaterra, Alexandre Dumas e Balzac em França, Alexandre Herculano e Pinheiro Chagas em Portugal, tem vindo a ser interpretado de modo diverso, tanto no plano político como estético.

No século XIX, o advento do capitalismo e, posteriormente, do nacionalismo, desafiavam a identidade cultural e linguística dos Estados europeus existentes e colocavam de modo dramático novos problemas sociais e económicos.

De modo paralelo ao romance histórico, o nascimento das ciências históricas, com a sua hermenêutica e metodologia próprias, constituem um evento central do pensamento e discurso científico do século XIX.

A historiografia avança paralelamente à literatura.

E, se a pretensão do discurso científico era a de se identificar com a razão, teórica e prática, para a literatura e para as artes ficou aberto o caminho para as emoções e para as paixões, matéria agora proscrita da ciência — fosse a ciência histórica fosse a ciência jurídica.

Também neste ponto, o século XIX identifica um pressuposto teórico das tarefas científicas, certamente discutido e discutível, o da neutralidade política da ciência.

Pelo contrário, muitos dos romances históricos tinham uma clara intenção política e de reforma social.

Já o romance histórico do século XXI não parece ter um programa ideológico e estético definido.

No caso, *Um Poema para Bárbara* não é um romance de tese.

De outro lado, não são frequentes os escritores de língua portuguesa que centram os personagens dos seus romances em juristas, especialmente juízes.

Quanto à figura abstracta do juiz, foi-se criando a convicção de que são seres cinzentos e sem interesse, neutros em relação às causas e com vidas igualmente neutras.

Em relação à literatura portuguesa contemporânea, a excepção mais notável é o romance de António Lobo Antunes, *Tratado das Paixões da Alma*, que torna um juiz de instrução criminal personagem literário, reconstruindo de modo admirável e, aliás, sem grandes ilusões quanto à justiça em processos de natureza política, como o terrorismo, os anos de chumbo da jovem democracia portuguesa depois de 1974.

Mas muitos magistrados e advogados têm-se dedicado à literatura, construindo romances judiciais de maior ou menor valor (Julieta Monginho, entre outros autores, merece uma referência especial).

A construção literária do romance histórico não é fácil, menos ainda para épocas históricas anteriores à da invenção do próprio romance, do teatro moderno e da imprensa periódica. A reconstrução dos diálogos entre pessoas afigura-se especialmente difícil, uma vez que não existem vestígios directos do modo como se falava nestes tempos.

O risco do anacronismo está sempre presente na narrativa histórica.

O português escrito, tal como o seu uso está documentado em leis, na prosa com finalidades éticas, na correspondência particular, no teatro, na poesia setecentista, é muito afectada para os nossos padrões actuais e pesadamente moralista.

Inversamente, a prosa e a poesia satíricas, em que Portugal sempre se destacou, são desbragadas e frequentemente alvo da censura e da repressão política. Como sempre aconteceu, isto ainda mais reforçava a procura desses textos...

Em relação ao direito vigente antes do liberalismo, pela minha parte, em livros como *Judex Perfectus* e *O Espírito das Instituições* chamei a atenção para aspectos relativos ao controlo do juiz do *ancien régime*, necessariamente um homem, devendo estar casado, residir na comarca e ficar submetido a instrumentos de controlo sobre a vida privada.

Da maioria dos juízes quase se poderia intuir que a sua vida privada (como hoje diríamos) não tem nada de romântico ou interessante ou, adaptando as palavras de Eça relativamente a um seu contemporâneo e rival das letras no afecto da opinião pública, são pessoas que vivem, trabalham e morrem de mansinho...

Dessa mansidão dos juízes trata alguma historiografia sob a forma da prosopografia. A metodologia destes estudos invariavelmente assenta na ideia do anonimato destes juristas, vistos como seres fungíveis, que tiveram carreiras judiciais mas não viveram vidas humanas!

Uns são retratados como elites políticas, egressos na universidade, matéria para estudos estatísticos sobre o número de bacharéis, sobre o índice de reprovação na prova de admissão à magistratura, a leitura de bacharéis, de estatísticas sobre as progressões nas carreiras até ao nível máximo de desembargador do Paço.

Mais recentemente, as propostas historiográficas valorizam os grandes dados, como as estatísticas.

A história dos *big data* (assim mesmo, em inglês), esconde, obviamente, que falamos de pessoas! Pessoas com sentimentos, diferentes, que assinaram sentenças, que condenaram réus a penas de morte, executaram o património de devedores, aplicaram os tormentos (tortura).

Porém, alguns destes juízes não tiveram uma vida anónima. Muitos exerceram altos cargos de governo, foram responsáveis materiais por leis que associamos ao nome de reis e secretários de Estado famosos ou ilustres diplomatas no estrangeiro ou estão consagrados como poetas e escritores fundamentais da língua portuguesa.

Alguns foram informadores das polícias políticas ao longo da história, deveram as suas carreiras ao convívio com a política ou foram juízes de tribunais políticos.

Outros, efectivamente, viveram, escreveram e julgaram de mansinho...

A prosopografia é interessante, mas tem limites como hermenêutica dos tempos históricos. Um deles, o mais óbvio, é o de diluir a história do humano nas estruturas impessoais do Estado.

Em relação ao século XVIII, já recordei *A Morte do Ouvidor* do escritor cabo-verdiano Germano de Almeida como um modelo de romance histórico — narrativa histórica nas palavras do autor. Grande prosador da língua portuguesa, criador de personagens fascinantes e sem dúvida um escritor apaixonado pelas pessoas comuns e pelas suas grandezas e misérias — pela comédia humana, à escala cabo-verdiana — Germano de Almeida retrata um acontecimento de grande repercussão na sociedade portuguesa da segunda metade do século XVII: a morte do ouvidor das ilhas, o julgamento dos responsáveis, que incluem como réus pessoas relevantes da sociedade de Santiago, e a execução à morte pela força, desmembramento do corpo e exibição pública das cabeças dos condenados em Cabo Verde.

É interessante observar que este livro, como *Uma Carta para Bárbara* em relação ao episódio da Inconfidência Mineira, documenta a eficácia do sistema punitivo português e dos seus magistrados.

A época em que se situa este romance corresponde ao agora presente no livro de Mónica Sifuentes.

O século XVIII é um século de contradições.

Frequentemente retratado como o século das Luzes e de afirmação da ciência e da razão, foi também o século de grandes escritores da literatura mística. Conheceu, também aqui de modo antagónico, a teorização da monarquia pura, especialmente nos reinados de D. José e de D. Maria I. De outro lado, setecentos é o tempo das revoluções atlânticas, com a luta independentista americana e o seu constitucionalismo liberal, e a revolução francesa, com as suas diversas fases. Setecentos é também o tempo de grandes revoltas e resistências ao poder, em Portugal, em Cabo Verde, no Brasil.

Este período, tão rico e simultaneamente tão contraditório, é o tempo histórico do romance de Mónica Sifuentes.

O romance acompanha a vida de Inácio José de Alvarenga, desde os seus tempos de estudante em Coimbra à sua condenação ao degredo, na sequência

da participação na chamada Inconfidência Mineira. Nascido em 1744 e falecido em 1792 no exílio em Angola, a vida de Alvarenga é um grande romance.

Hoje, a grande maioria dos documentos da Inconfidência Mineira estão disponíveis *on-line*, incluindo o auto do processo de devassa, o qual inclui os interrogatórios a Alvarenga Peixoto e a Tomás António Gonzaga, entre outros réus deste processo. Está mesmo disponível a transcrição dos autos, o que muito facilita a pesquisa. Em relação a outros processos do reinado josefino ou de D. Maria I, a pesquisa não é tão fácil (vinhas do Alto Douro, Trafaria, Távora, etc.).

A brutalidade da repressão penal das épocas dos reis D. José e D. Maria contrasta de modo flagrante com as ideias do movimento humanitarista penal, então em formulação.

A passagem de torturador a torturado, como foi o caso de Alvarenga, juiz encarregado de casos criminais, constitui uma lição de vida de acordo com a máxima cristã «Não julgueis, para não serdes julgados; pois, conforme o juízo com que julgardes, assim sereis julgados» (Mt 7.1).

Mónica Sifuentes constrói um romance histórico que se cruza com a história da literatura, uma vez que a sua trama coloca no caminho de Alvarenga alguns dos grandes poetas da língua portuguesa do século XVIII, como Basílio da Gama, António Diniz da Cruz e Silva e Tomás António Gonzaga. Poetas que se situam longe da *literatura nativista* (Pedro Calmón) posterior a 1822.

As estruturas fundamentais do Estado estão igualmente presentes na narrativa, contextualizando a vida do personagem principal, Inácio José de Alvarenga Peixoto, e de outros juízes (juízes de fora, ouvidores, entre outras funções judiciais) que igualmente emergem no romance, como Tomás António Gonzaga e Cruz e Silva.

Recordemos alguns destes elementos relativos aos magistrados do Estado moderno: a formação na universidade de Coimbra, unicamente em direito romano; a leitura de bacharéis, prova de ingresso na magistratura; o exercício periódico e por mandatos limitados de cargos judiciais; a apertada vigilância e permanente controlo por parte das instituições centrais em Lisboa, a Mesa do Desembargo do Paço, o Conselho Ultramarino e os Secretários de Estados; o registo por escrito de todas as ocorrências; as inspecções e sindicâncias findo o exercício de funções.

Na verdade, é esta cultura jurídica que permite ao pesquisador de hoje encontrar provas dos factos

históricos: actas dos julgamentos, sentenças fundamentadas, instruções aos oficiais da coroa, incluindo instruções secretas escritas, são, de entre muitos outros documentos, alguns dos auxiliares para a reconstrução do período em causa.

Em qualquer caso, é uma organização social assente no privilégio: escreve-se para Lisboa pedindo mercês e privilégios, como a comutação de penas decretadas por um tribunal. O investigador da história pré-liberal sabe que, ao lado de documentos escritos, designadamente sentenças judiciais, podem existir privilégios régios, como comutações e indultos de pena.

O romance reconstrói o percurso burocrático de Alvarenga Peixoto com grande minúcia. O seu processo de limpeza de sangue perante o Santo Ofício, nomeadamente, é descrito com grande rigor, identificando-se o seu papel na selecção e recrutamento dos juizes.

Mónica Sifuentes intercala textos diversos, da poesia de Alvarenga e de Gonzaga a trechos do processo judicial da Inconfidência, o que dá maior verosimilhança à história.

Sem ignorar o risco do anacronismo, evitado por muitos romancistas históricos que não utilizam diálogos em discurso directo, inventa diálogos que se afiguram verosímeis, quer no vocabulário utilizado quer na estrutura sintáctica.

Mas o mundo da burocracia e do documento escrito esconde uma torrente de paixões e de emoções: pulsões sexuais, promiscuidades, negócios ilícitos, jogos e apostas, consumo excessivo de bebidas e drogas. Matérias que só esporádica e raramente chegam ao conhecimento das instituições centrais da monarquia.

O engenho literário de Mónica Sifuentes conjuga estes elementos com inegável mestria, sobretudo a partir da II parte do romance. Aí a narrativa levanta voo, a história começa a ser escrita com paixão e a figura de Alvarenga Peixoto ganha densidade emocional.

Em especial, Bárbara, amante e mulher de Alvarenga, ganha espessura psicológica: de menina de boas famílias a mãe solteira, amante, cúmplice e vítima do processo da Inconfidência.

As figuras dos Inconfidentes são retratadas com inegável consistência, presos na sua complexidade humana e social. Longe do estereótipo do herói abnegado e altruísta, encontramos independentistas que lutam pelos seus interesses económicos, donos de escravos, magistrados, oficiais, comerciantes e padres, que constituem conjuntos de poderosas redes familiares e clientelares.

Ao contrário do projecto independentista americano, ao projecto político da independência da colónia não subjaz um programa ideológico liberal.

Sem se deter em muitos dos eventos políticos, Mónica Sifuentes não apenas não os evita, como a narrativa acompanha o universo tipicamente masculino da justiça portuguesa nos trópicos. Deparamos com a dificuldade das estruturas do poder — o Estado e a Igreja — colocarem na ordem comportamentos desviantes da moral católica, ainda mais quando são os titulares dos poderes religioso, militar e judicial os primeiros transgressores. A vasta prole dos padres conjurados ainda hoje é evocada na cidade de Tiradentes (já nas suas *Memórias*, publicadas por Camilo Castelo Branco, o Bispo do Pará escrevia que o Brasil, em matéria de sexo feminino, é terra *perigosa e oca-sionada* para os clérigos).

A vida privada é permanentemente marcada pelas pulsões sexuais. As devassas eclesiásticas e outros processos permitem-nos surpreender o modo como a igreja criou, sem grande sucesso, aliás, instrumentos de controlo social. Mais interessante em relação a uma sociedade que ainda não inventou a opinião pública, é a identificação das folhas volantes e pasquins anónimos, que serviam para dar voz aos mexericos e à suposta denúncia das infracções (desde os casos de mancebia às violações, entre muitos outros). A legislação penal portuguesa ocupou-se amiúde deste tipo de obras, profundamente desestruturadoras da vida social, mas também um instrumento relevante do ressentimento social numa sociedade escravagista, em que a ganância do lucro e do ouro encontrava na senzala um instrumento de opressão.

O romance histórico criou a sua própria estética literária.

O género tem as suas convenções artísticas e estético. Dele fazem parte a articulação entre descrições de lugares naturais e edifícios e momentos narrativos.

Também aqui, a Autora conjuga a descrição de lugares de Minas — Vila Rica (Ouro Preto), São João del Rei, Tiradentes, Mariana — fortalecendo o movimento para a conservação de muitos dos edifícios que são património tombado (ou classificado como se diz do lado do português europeu). Cidades históricas brasileiras, cuja conservação permite capturar um momento único no tempo, em que portugueses inventaram o Brasil e este se tornou o novo Portugal.

Tenho sustentado a tese de que o Brasil é o maior legado dos portugueses que partiram da metrópole.

No vocabulário da língua portuguesa, inclusivamente nos vocábulos jurídicos, na arquitectura das cidades e dos edifícios, designadamente religiosos, na escultura, o Brasil é um retrato do Portugal de outros tempos. Para isso muito contribuiu o facto de as Ordenações Filipinas terem estado em vigor no Brasil até ao século XX. Em Portugal, desde o início do liberalismo que se assiste a um intencional esforço de modernização da sociedade, do Estado e do seu direito, que afastará significativamente o direito codificado da sua matriz histórica, contida nas Ordenações.

Especialmente nas cidades históricas de Minas Gerais, capturamos o modo como esse mundo antigo permanece no espírito das instituições brasileiras e na arquitectura colonial.

Mónica Sifuentes sublinha bem esse espírito quando descreve a beleza contrastante de Minas, mas também a sua aspereza, com serras quase intransponíveis e rios das mortes.

Se os movimentos políticos brasileiros do século XIX interpretaram a Inconfidência como o prelúdio da formação do «povo brasileiro», a mensagem que transparece é a de um movimento da elite económica e política branca, afastada do resto da população e especialmente dos escravos. Assim, as aspirações autonomistas giram em torno da protecção dos interesses económicos dos grandes proprietários, com os seus engenhos, explorações pecuárias e indústria da mineração, e dos financeiros e contratadores.

Um mundo que as instituições da coroa acompanhavam a distância, mas com um sistema jurídico e judicial português incapaz de dar respostas rápidas aos movimentos sociais e económicos que se colocam de modo dramático sobretudo na segunda metade do século XVIII.

Não encontramos acções das multidões nem a Autora ficciona a formação de uma consciência nacional brasileira: o ambiente intelectual em que é gerada a Inconfidência Mineira é restrito a uma elite rica, poderosa e formada em Portugal.

Um ambiente masculino, de proprietários de fazendas e de escravos, titulares dos altos cargos da administração, justiça e exército, base do futuro coronelismo, quando o Estado se revela incapaz de garantir a ordem e a segurança no vasto território brasileiro.

A sentença final do processo da Inconfidência é um exemplo do funcionamento da razão de Estado: o Alferes Tiradentes é tornado um exemplo e será o único efectivamente condenado à morte, enforcado,

sendo o seu corpo fragmentado e exposto nas vilas de Minas, como exemplo.

Fica a sugestão da Autora, para a qual não existem provas concludentes, de que foram as cumplicidades maçónicas que evitaram castigos mais severos para os restantes implicados e que teriam permitido colocar em contacto os réus do processo com os seus familiares.

Alvarenga enlouquece e morre à chegada ao seu exílio africano. Mas outros, como Tomás António Gonzaga, recomeçam a vida nos lugares de exílio. Marília de Dirceu fica como recordação literária dos excessos amaneirados da poesia barroca, mas simultaneamente prelúdio para o romantismo em nascimento.

Gonzaga não tentará resgatar Marília.

Também neste ponto, Mónica Sifuentes cria sólidos personagens femininos secundários, como Marília. Numa época em que o estatuto jurídico da mulher a coloca em manifesta posição subalterna, as mulheres de Minas encontram-se bem caracterizadas do ponto de vista psicológico, fortes ou fracas, ambiciosas ou modestas, mas não são apenas figuras estereotipadas.

Um dos maiores trunfos do livro reside na consistência da figura de Bárbara Heliodora e na capacidade de descrever a transformação psicológica de Alvarenga Peixoto, do apogeu do poder e da glória terrena, ao descalabro da prisão em cela solitária e à loucura.

Homens da razão política, judicial ou dos negócios são também homens de excessos. A fina arquitectura romanesca da Autora permite configurar os traços humanos de pessoas que a razão de Estado brasileira elevou à categoria de heróis nacionais. A caracterização de Tiradentes ou de Cláudio Costa, entre outros personagens menores na trama principal da vida de Alvarenga Peixoto e de Bárbara Heliodora, evita o binómio da caricatura ou dos tipos humanos ideais.

O livro de Mónica Sifuentes é assim precioso, a um tempo para o investigador da burocracia colonial e para o estudioso da história da vida privada, resgatando do esquecimento a natureza humana dos servidores da justiça.

E é, com justeza, um excelente romance histórico que permite ver com novas luzes os inconfidentes, nas suas grandezas, nas suas misérias e especialmente na sua humanidade.

ÍNDICE

Conferência	3
Alguns pontos sobre interpretação (vistos a partir dos estudos literários)	3
Helena Carvalhão Buescu	
Estudos	7
O Papel dos Tribunais no Estado Democrático de Direito sob as perspectivas de Ronald Dworkin e de Jürgen Habermas	9
André Livinalli Wedy	
Os desafios da universalidade dos Direitos Humanos frente aos limites da configuração nacionalista de consciência e de pertença: por uma cultura político-jurídica global de responsabilidades	27
Tatiane Burmann	
Interpretação das normas laborais	51
Cláudia Rosa Henriques	
O palimpsesto da presunção de inocência no Supremo Tribunal Federal Brasileiro: um contributo a partir da crítica hermenêutica do Direito	77
Guilherme Pratti dos Santos Magioli	
Os soldados do muro de Berlim: Entre o dever de obediência, a moral e a ética	103
Maria de Fátima Magalhães da Rocha	
História das Relações Internacionais no Constitucionalismo angolano	125
Martinho Nombo	
A Tutela dos Direitos Sociais no cenário da Crise Europeia: a disputa entre o constitucionalismo do Estado de Direito e o constitucionalismo do Estado de Exceção Financeira	149
Salvador Laurino	
Ius Tractandi da Santa Fé	175
Ricardo Bruno Sequeira Miranda Rodrigues	

Recensões	189
José Sánchez-Arcilla Bernal Jueces, criminalidad y control social en la ciudad d México a finales del siglo XVIII Isabel Graes	191
Pedro Ortego Gil, Estadística y control de la actividade judicial durante el siglo XIX Isabel Graes	195
Jean-Louis Halpérin Five Legal Revolutions since the 17th Century. An Analysis of a Global Legal History António Pedro Barbas Homem	199
Mónica Sifuentes Um Poema para Bárbara. A História de Amor que Ajudou a Escrever a História do Brasil António Pedro Barbas Homem	203

