

Publicações da Escola da AGU

Curso Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa - studi Comparati tra Istituzioni e Sistemi

v. 39 número 2, out./dez. 2015 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 39	n. 02	p. 1-280	out./dez. 2015
---------------------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Renato Rodrigues Vieira	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
José Levi Mello do Amaral Júnior	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADOR DA PUBLICAÇÃO

Diego Franco de Araújo Jurubeba

Conselho Editorial

Juliana Sahione Mayrink Neiva
André Luiz de Almeida Mendonça
Diego Franco de Araújo Jurubeba

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: Curso: Le Corti Internazionale, i Diritti Umani ed il Diritto in Europa - studi Comparati tra Istituzioni e Sistemi - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano VII, v. 39, (out./dez. 2015).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDU 34 (05)

CDD 340 . 5

SUMÁRIO

Apresentação	1
O Conflito Entre o Universalismo dos Direitos Humanos e o Multiculturalismo: reflexos na aplicação da doutrina da margem de apreciação <i>The Conflict Between the Universalism of Human Rights and the Multiculturalism: reflections on the application on the margin of appreciation doctrine</i> José Ricardo Custódio de Melo Júnior	7
Modalidades de Licitação no Ordenamento Jurídico Brasileiro e uma Breve Comparação com os Procedimentos de Contratação Pública na União Europeia <i>Procedures for Public Bids Established in the Brazilian Legal System and a Brief Comparison with the Procurement Procedures in the European Union</i> Juliana Lima Salvador	23
A União Europeia e a Cooperação Científica e Tecnológica com o Brasil <i>The European Union and the Scientific and Technological Cooperation with Brazil</i> Leopoldo Gomes Muraro Renê da Fonseca e Silva Neto	43
A Corte Europeia de Direitos Humanos e o Direito a um Julgamento Justo <i>The European Court of Human Rights and the Right to a Fair Trial</i> Luiz Henrique Pandolfi Miranda Luciano Medeiros de Andrade Bicalho	71
Considerações sobre a livre circulação de trabalhadores: desafios à aplicação do Direito da União Europeia <i>Considerations about the free movement of workers: the challenge of applying EU Law</i> Manuelita Hermes Rosa Oliveira Filha	91
A Advocacia de Estado no Brasil e na Itália: estudo de Direito Comparado <i>Public Advocacy in Brazil and Italy: a study of Comparative Law</i> Nilo Sérgio Gaião Santos	127
Direitos Humanos: imigrantes e refugiados – enfoque dos Direitos Mínimos na União Europeia e Brasil <i>Human Rights: immigrants and refugees – Minimum Rights in the European Union and in Brazil</i> Norma Sílvia Queiroz de Paula	149

Terceirização no Serviço Público e Direitos Humanos: breves considerações <i>Outsourcing in the Public Sector and Human Rights: brief considerations</i> <i>Priscila Bessa Rodrigues</i>	161
Entre a Saxônia e o Continente: uma breve análise do sistema de Processo Civil Brasileiro em cotejo com os modelos europeus <i>Between Saxony and the Continent: a brief analysis of Brazilian Civil Process system in comparison with european models</i> <i>Priscilla Lima de Carvalho Silva</i>	175
Panorama da Aplicação do Direito Internacional dos Refugiados no Âmbito da América Latina e da União Europeia <i>Panel of International Refugee Law Enforcement in Latin America and European Union</i> <i>Rachel de Oliveira Lopes</i>	189
Desenvolvimento Regional na União Europeia e no Estado Brasileiro <i>Rodrigo Soldi</i>	213
Considerações Sobre o Sistema de Proteção dos Direitos Humanos na União Européia <i>Considerations About the Human Rights Protection System in the European Union</i> <i>Sarah Cristina Souza Guimarães</i>	241
A Proteção do Direito à Vida Privada e do Direito à Intimidade na Ordem Constitucional Brasileira e na Convenção Europeia de Direitos Humanos <i>The protection of the Right to Private Life and the Right to Privacy in the Brazilian Constitutional Order and the European Convention on Human Rights</i> <i>Tiago da Silva Fonseca</i>	257

APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que apresentamos ao público a coletânea de artigos produzidos pelos Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores Federais participantes do Curso “Le Corti Interazionale, I Diritti Umani ed Il Diritto in Europa”, realizado entre os dias 29 de junho e 10 de julho de 2015, nas cidades de Roma, Bruxelas e Haia. Consolidando o quarto ano de uma parceria institucional entre a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal e a Università di Roma – Tor Vergata, o curso de 2015 garantiu destaque ao estudo do papel das cortes internacionais e dos sistemas jurídicos comparados, especialmente no âmbito da União Europeia e Organização das Nações Unidas. Além de palestras com renomados juristas italianos, oportunizaram-se visitas institucionais em Bruxelas (Parlamento Europeu, Comissão Europeia e Conselho Europeu), Haia (Corte Internacional de Justiça e Tribunal Penal Internacional) e Roma (Conselho de Estado e Avvocatura di Stato).

Os textos da presente obra abordam temas como políticas de integração regional, direitos humanos, contratos administrativos, entre outros temas de relevante interesse para a comunidade jurídica, sob o enfoque do direito comparado, isto é, semelhanças e diferenças entre os institutos jurídicos, legislações, jurisprudências e doutrinas dos diversos países e organismos internacionais, com ênfase aos países integrantes da União Europeia. Também são objeto de estudo as estruturas, composição, competência, e forma de funcionamento das cortes internacionais.

No decorrer dos últimos anos, a Escola da Advocacia-Geral da União tem se destacado no plano internacional por meio da celebração de intercâmbios técnicos e científicos com instituições de renome internacional, a exemplo da Universidade de Salamanca/Espanha, Universidade de Barcelona/Espanha, Universidade de Berna/Suíça e Procuradoria do Tesouro da Argentina, o que tem propiciado aos membros da Instituição conhecer, de forma mais aprofundada, outros ordenamentos jurídicos e realidades jurídico-políticas.

Em um mundo cada vez mais integrado, em que os desafios e soluções ganham contornos globais, torna-se fundamental que o debate jurídico não se limite às fronteiras nacionais. Por meio da

presente publicação, a Escola da Advocacia-Geral da União incita todos ao aprofundamento do debate sobre as soluções encontradas pelos ordenamentos jurídicos europeus para problemas que são comuns para toda a comunidade internacional. Portanto, à leitura.

Luciano Medeiros de Andrade Bicalho

Advogado da União

O CONFLITO ENTRE O UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS E O MULTICULTURALISMO: REFLEXOS NA APLICAÇÃO DA DOCTRINA DA MARGEM DE APRECIÇÃO

*THE CONFLICT BETWEEN THE UNIVERSALISM OF
HUMAN RIGHTS AND THE MULTICULTURALISM:
REFLECTIONS ON THE APPLICATION ON THE MARGIN OF
APPRECIATION DOCTRINE*

José Ricardo Custódio de Melo Júnior

Advogado da União

*graduado em direito pela Universidade Federal de Alagoas e pós-graduado em Direito
Público pela Faculdade Baiana de Direito*

SUMÁRIO: Noções Introdutórias; 1 A Afirmação Histórica do Universalismo dos Direitos Humanos; 2 O Multiculturalismo e a Crítica ao Universalismo; 3 A Proposta de Harmonização Internacional entre o Reconhecimento do Multiculturalismo e Necessidade de Proteção Universal dos Direitos Humanos; 4 A Aplicação da Doutrina da Margem de Apreciação na Corte Europeia de Direitos Humanos e na Corte Interamericana de Direitos Humanos; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem o propósito de analisar o recorrente conflito entre a universalidade dos direitos humanos e o multiculturalismo e de que maneira esta tensão se reflete na adoção da teoria da margem de apreciação, pela Corte Europeia de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Universalismo. Multiculturalismo. Harmonização. Margem de Apreciação. Jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

ABSTRACT: This article aims to analyze the recurring conflict between the universality of human rights and multiculturalism and how this tension is reflected in the adoption of the “margin of appreciation doctrine” by the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights.

KEYWORDS: Human Rights. Universalism. Multiculturalism. Harmonization. Discretion. Jurisprudence of the International Human Rights Courts.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Uma das questões mais complexas, talvez a mais, no processo de consagração universal dos direitos humanos diz respeito a sua aplicação em todos os lugares do planeta sem que isso represente um aniquilamento de um dos maiores patrimônios da humanidade, que é a sua diversidade cultural.

Neste artigo, serão abordados, de maneira sucinta, o processo de universalização dos direitos humanos, seus antecedentes históricos, pressupostos filosóficos e jurídicos, bem como as críticas em razão de eventual mascaramento de um colonialismo cultural por parte das sociedades hegemônicas.

Por fim, será demonstrado como as diferenças culturais refletem nos critérios de julgamento das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos.

Obviamente, não há aqui a mínima pretensão de esgotar o tema, até porque, não se pode dizer que o conflito objeto do presente artigo já tenha alcançado alguma solução. Tende-se, apenas, apresentar, após a descrição do problema, qual parece ser a orientação atual do direito internacional dos direitos humanos na busca pela harmonização entre a necessidade de se garantir a efetiva proteção dos direitos humanos e a de se preservar a diversidade cultural.

1 A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DO UNIVERSALISMO DOS DIREITOS HUMANOS

A universalidade dos direitos humanos decorre da ideia de que tais direitos são inerentes a todos os seres humanos, onde quer que estejam, não importando nenhuma outra qualidade adicional, como a nacionalidade, opção política, orientação sexual, crença, entre outras¹.

A concepção da existência de uma dignidade inata a qualquer ser humano não é recente. Na antiguidade grega há intenso trabalho filosófico na identificação do conceito de justiça², conforme se observa na *Ética a Nicômaco*, onde Aristóteles salienta a importância de se agir com justiça, para o bem comum da pólis. Também nesse período, o dramaturgo Sófocles, em sua obra *Antígona*, estimula a reflexão sobre a superioridade de certas normas morais e de concepções de justiça, ainda que contrárias às regras estabelecidas pelo poder soberano.

1 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. Saraiva. p. 89.

2 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Introdução, tradução e notas de Antônio de Castro Caieiro. São Paulo: Atlas, 2009.

Com os gregos se estabelecem os primeiros direitos relativos à liberdade, que se expressava na democracia ateniense³, em que pese tais direitos estarem restritos aos cidadãos da pólis, dos quais não faziam parte os escravos, estrangeiros e mulheres, o que denota a inexistência de universalidade.

A religião judaico-cristã, por sua vez, promove uma significativa contribuição para a teoria da universalidade dos direitos humanos na medida em que proclama que todos somos filhos de Deus, tendo sido feitos à imagem e semelhança Dele (Gen. 1,26-27). Tais premissas demandam a conclusão de que a todos os seres humanos possuem uma dignidade inerente, tendo em vista o fato de serem filhos de Deus e carregarem o atributo de possuírem a imagem e semelhança do Criador.

Neste sentido, há vários textos no Novo Testamento que pregam a igualdade e solidariedade com o semelhante. Uma das passagens mais conhecidas é de Paulo, na Epístola aos Gálatas, quando conclama que “Não há judeu nem grego; não há escravo nem livre; não há homem nem mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus” (III,28). Com a doutrina cristã, rompe-se a ideia grega de que os direitos do homem seria restrito a estamentos sociais.

Todavia, essa interpretação dos textos bíblicos de igualdade de dignidade entre os homens, também defendida pelos filósofos da escolástica católica⁴, não foi suficiente para moldar o sistema jurídico vigente na idade média, marcado por desigualdades inconcebíveis com a proteção de direitos humanos, tais como a escravidão e a servidão.

Alterações na estrutura socioeconômica, com a intensificação das relações sociais e o fortalecimento da burguesia levam ao desenvolvimento de teorias que buscam conferir direitos de liberdade ao homem, para que ele pudesse desenvolver suas atividades particulares sem a interferência indevida do soberano. Nasce as teorias contratualistas de cunho jusnaturalista.

Desenvolvida pelos filósofos iluministas, a escola do direito natural defende a existência de alguns direitos que seriam inerentes ao ser humano e que se independeriam do reconhecimento estatal, sendo, inclusive, a fonte de legitimidade do Estado.

3 A contribuição grega foi lembrada no voto da Ministra Cármen Lúcia, na ADPF 187/2011: “A Ágora – símbolo maior da democracia grega – era a praça em que os cidadãos atenienses se reuniam para deliberarem sobre os assuntos da pólis. A liberdade dos antigos, para usar a expressão de Benjamin Constant, era justamente a liberdade de ‘deliberar em praça pública’, sobre os mais diversos assuntos...”

4 “Os filósofos católicos também merecem ser citados, em especial São Tomás de Aquino, que, no seu capítulo sobre o Direito na sua obra *Suma Teológica* (1273) defendeu a igualdade dos seres humanos e aplicação justa da lei” In: RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. Saraiva. p. 34

Neste sentido, Hugo Grócio, no seu livro, “O direito da guerra e da paz” (1625) proclamava a existência de um direito natural, de cunho racionalista - ou seja, independente de fundamentação teológica - reconhecendo que suas normas decorreriam de princípios e valores inatos ao ser humano. No mesmo contexto, John Locke⁵ entendia que o objetivo do governo em uma sociedade humana é salvaguardar os direitos naturais do homem, existentes desde o “estado da natureza”.

O jusnaturalismo é, por essência, universal. Parte de uma concepção abstrata do ser humano e, portanto, a fruição dos direitos independe de qualquer característica concreta, tal como a cor, nacionalidade, sexo, etnia ou condição social. A revolução francesa de 1789 acolhe os preceitos do direito natural, ao reafirmar a universalidade dos direitos do homem e a sua precedência em relação a qualquer organização política, conforme se observa nos seguintes artigos:

Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Em que pese a afirmação da universalidade dos direitos humanos e na superioridade sobre os ordenamentos jurídicos, com o constitucionalismo moderno tais direitos foram internalizados, ou seja, positivados, nas constituições estatais.

Sob os auspícios da doutrina positivista, que negava qualquer valor a normas morais ou éticas que não integrassem a ordem jurídica de cada Estado, a proteção dos direitos humanos dependia da positivação de tais direitos e da proteção do Estado Nacional. Não se tratavam, portanto, de direitos universais, mas sim locais, condicionados à vontade política do poder nacional em consagrá-los e defendê-los.

Este paradigma de proteção nacional dos direitos humanos foi rompido com as barbáries do totalitarismo nazista. A insuficiência do Estado Alemão em dar proteção à dignidade humana, ou pior, em ser o ator principal dessa violação, levou ao envio de aproximadamente 18 milhões de indivíduos aos campos de concentração, com a morte

5 LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil (1689). Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, TJ: Vozes, 1994.

estimada de 11 milhões deles, sendo 6 milhões de judeus, além de inimigos políticos do regime, comunistas, homossexuais, deficiente físicos, minorias étnicas e raciais⁶. A ruptura trazida pela experiência totalitária nazista, segundo Lafer⁷ levou à inauguração do “tudo é possível” e este levou pessoas a serem tratadas, de direito e de fato, com supérfluas e descartáveis.

A reação ao “legado” nazista promoveu uma reconstrução dos direitos humanos, com a recuperação da ideia de universalidade. Ficou evidente que a proteção dos direitos humanos não poderia ser tida como parte da competência reservada exclusivamente ao Estado Nacional, pois as falhas deste levaram ao terror nazista.

Instaurou-se uma ótica diferenciada, que exigiu uma paulatina remodelagem da noção de soberania, para permitir uma proteção universal dos direitos humanos, por meio de organismos internacionais, garantida subsidiariamente quando o Estado Nacional falhar em tal desiderato⁸.

Há, portanto, um vínculo indissociável entre a característica de universalidade dos direitos humanos com o processo de internacionalização através de tratados internacionais e a criação das organizações internacionais. Neste sentido, podem ser citadas como marco a Carta de São Francisco⁹, que criou as Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que deu densidade à referida carta, que estabelece em seu art. 1º:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja

6 RAMOS. op. cit. p. 89.

7 LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. In: *Estudos Avançados* 11 (30), 1997. p. 55.

8 O atual sistema universal no âmbito da ONU e os regionais da América, Europa e África preveem diversos mecanismos e procedimentos de fiscalização, pressão, sanções políticas, econômicas e, em caso de extrema gravidade, reações militares ordenadas pelo Conselho de Segurança da ONU, destinados a assegurar a proteção dos direitos humanos.

9 Artigo 1. Os propósitos das Nações unidas são:

[...]

3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

A universalidade dos direitos humanos foi reafirmada na 2ª Conferência Mundial da ONU de Direitos Humanos, realizada em 1993, em Viena, que em seu parágrafo 5º, estabeleceu que “todos os direitos humanos são universais”.

Com estas considerações, observa-se que a característica de universalidade dos direitos humanos é condição *sine qua non* de proteção desses direitos, o que deve ser sopesado quando se estiver diante das críticas advindas dos defensores do multiculturalismo.

2 O MULTICULTURALISMO E A CRÍTICA AO UNIVERSALISMO

A ideia de universalidade dos direitos humanos possui resistência de algumas correntes filosófico-doutrinárias que a enxergam como uma forma de imposição de valores de determinada cultura hegemônica, notadamente a ocidental, sobre as demais.

Esta preocupação ganha reforço argumentativo, quando se observa, por exemplo, na própria Carta da ONU, no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ao tratar das fontes do direito internacional, a ideia da existência de “nações civilizadas”, o que levaria à conclusão de que há, por outro lado, nações “não civilizadas”, com clara carga pejorativa que escamoteia uma discriminação entre culturas. Vejamos:

Artigo 38. 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas;

Outra crítica decorre da relação muito próxima entre o conceito de universalismo e o de unidade. Sabe-se que unidade implica o não

reconhecimento das diferenças, o que induz à homogeneidade das concepções e valores das culturas hegemônicas.

Observa-se, neste ponto, que os pressupostos epistemológicos do universalismo – que possui como marco filosófico o iluminismo e marco jurídico-político a revolução francesa – é essencialmente homogeneizador, pois parte da figura de um sujeito transcendental.

Se o homem é um sujeito transcendental, abstrato, logo será igual, não havendo diferença entre qualquer ser humano. Ademais, se o uso da racionalidade é afeto ao homem, todos podem, através dela, formular conceitos universais.

Não é por outra razão que a formação dos Estados-nacionais, inspirada no racionalismo kantiano, tinha por objeto a concepção de unidade – nação costuma ser conceituada como a reunião de pessoas de mesma etnia, com o mesmo idioma e costumes – e indivisibilidade.¹⁰

Os pressupostos teóricos do racionalismo, que levam à concepção de unidade, começam a ser quebrados na pós-modernidade no campo científico, com o desenvolvimento da física quântica e a teoria da relatividade, segundo as quais a “verdade” depende do “ponto de referência”, e o objeto é sempre contaminado pelo sujeito observador. Na seara, filosófica, por sua vez, as teorias da linguagem demonstram que os conceitos e valores não possuem uma existência independente que possa ser percebida ou descoberta pelo pensamento racional, mas são categorias construídas nas relações pessoais que se travam dentro de um determinado espaço e tempo, de modo que podem variar, não se podendo estabelecer o que é o “correto” e o “errado”. Por fim, as graves crises sociais ocasionadas pela revolução industrial e os movimentos sociais, como o feminista, demonstraram que o “ser abstrato” sujeito de direitos universais na verdade tinha rosto. Ele era homem, branco e proprietário, que impunha os seus valores para preservar seu status social.

Tudo isso levou à necessidade de reconhecimento das diferenças, das identidades próprias de culturas que não compartilham dos mesmos valores que a cultura hegemônica, o que demandou a necessidade de harmonização entre a pretensão de proteção universal dos direitos humanos e o respeito à autonomia dos povos e a preservação da diversidade cultural como um patrimônio da humanidade.

10 PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. O Estado Pluriétnico. In: *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Laced, 2002.

3 A PROPOSTA DE HARMONIZAÇÃO INTERNACIONAL ENTRE O RECONHECIMENTO DO MULTICULTURALISMO E NECESSIDADE DE PROTEÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Essa tensão entre o universalismo e o multiculturalismo foi uma das principais preocupações da Conferência de Direitos Humanos de Viena, de 1993, no âmbito nas Nações Unidas, conforme se observa em seu preâmbulo e no art. 1.5:

Considerando as alterações mais significativas que ocorrem na cena internacional e as aspirações de todos os povos a uma ordem internacional baseada nos princípios consignados na Carta das Nações Unidas, incluindo a promoção e o encorajamento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, bem como do respeito pelo princípio da igualdade de direitos e da auto-determinação dos povos, da paz, da democracia, da justiça, da igualdade, do primado da lei, do pluralismo, do desenvolvimento, de melhores padrões de vida e da solidariedade;

1.5. Todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se devam ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, económico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais.

A influencia das teorias relativistas, que defendem um maior respeito à diversidade cultural, mostra-se ainda mais clara na mudança de paradigma, no âmbito do direito internacional, que ocorreu quanto à questão das culturas tradicionais e povos indígenas.

Exemplo dessa clivagem pode ser observado na superação da Convenção 107 da OIT, de 5 de junho de 1957, que afirmava, já no próprio preâmbulo o propósito de integrar as populações indígenas à comunidade nacional. A visão integracionista, que desconsiderava a importância da cultura indígena, subsumindo-a a uma subcultura que necessita ser abandonada para “evoluir” em direção ao “estágio” da cultura dominante podia ser observada já no art. 1º da referida convenção:

A presente Convenção se aplica:

1) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares ou por uma legislação especial;

Este paradigma, claramente etnocentrista, poderia até ser justificado sob o ponto de vista monocular da universalidade dos direitos humanos. Todavia, a compreensão da comunidade internacional evoluiu para o sentido de que o respeito à diversidade cultural é uma questão de reconhecimento de identidades próprias e, portanto, está intimamente ligada ao princípio da dignidade humana.

Não por outra razão, a Convenção 169 da OIT, de 7 de junho de 1989, revoga a Convenção 107 e reconhece expressamente que o direito internacional evoluiu desde 1957, fazendo-se necessário a adoção de novas normas que eliminem a orientação de assimilação – integracionista – promovida pela Convenção anterior, bem como, reconheça as aspirações dos povos indígenas a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida, mantendo e fortalecendo identidade, línguas e religiões, conforme se observa em seu preâmbulo:

Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores;

Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram;

Observa-se, portanto, que o movimento percebido no âmbito do direito internacional dos direitos humanos ocorreu no sentido de elevar o multiculturalismo a um patamar mais elevado, colocando-o como valor a ser sopesado com os demais direitos da pessoa humana.

Entendeu-se que o reconhecimento e respeito das identidades culturais dos povos também estava relacionado ao princípio da dignidade

humana. Reconhecer uma identidade é dizer que ela tem um valor próprio e igual às demais e, em última análise, reafirmar que cada pessoa é um fim em si mesmo, o que configura o núcleo do conteúdo do princípio da dignidade humana.

Esta nova concepção demandou uma nova configuração do princípio do universalismo dos direitos humanos. A solução que parece preponderar no direito internacional é a de que os direitos humanos não deixaram de ser universais, porém as concepções sobre o seu conteúdo admitem uma variação em razão das diferentes culturas, desde que não se aniquile o seu núcleo essencial.

Observa-se, portanto, que a ascensão do valor do multiculturalismo ao patamar dos direitos humanos – assim como ocorre quando um novo direito fundamental é positivado constitucionalmente – demandou uma harmonização com os demais direitos, a fim de se respeitar a todos na maior medida do possível, admitindo-se restrições, desde que preservado o núcleo essencial.

Neste sentido, podem ser observados o art. 9.1 da Convenção 169/OIT:

9.1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

Portanto, quanto maior a diversidade cultural, maior a necessidade de ponderação entre o universalismo dos direitos humanos e a proteção e reconhecimento das diferenças culturais. Por outro lado, havendo uma maior homogeneidade dentro de um espaço geográfico, a consagração de uma concepção a respeito do significado de determinado direito pode ser aplicada de modo mais uniforme.

Esta diferença de tratamento na aplicação das normas internacionais de direitos humanos pode ser mais facilmente percebida quando se analisa a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4 A APLICAÇÃO DA DOCTRINA DA MARGEM DE APRECIACÃO NA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Ao contrário do que o processo de integração continental possa deixar transparecer, a comunidade europeia possui nítidas

diferenças culturais entre os seus países integrantes, principalmente entre os Estados do norte, sob a influência calvinista, e os do sul, preponderantemente católicos.

Essa diferença dificultaria qualquer processo de integração regional caso se pretendesse uma homogeneização dos valores e princípios de direitos humanos aplicados sobre os países do bloco.

Por tal razão, o sistema europeu de direitos humanos desenvolveu a doutrina da margem de apreciação, segundo a qual, determinadas questões polêmicas e controversas, sobre as quais não houvesse consenso entre os sistemas jurídicos, advindas em determinado Estado só poderiam ser discutidas, processadas e dirimidas, por juízes da comunidade nacional¹¹. Seria vedado aos juízes internacionais, notadamente da Corte Europeia de Direitos Humanos, conhecer de tais questões, por não possuírem familiaridade com elas e pela necessidade de se respeitar as visões locais.

A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos - CEDH está repleta de precedentes de aplicação da referida doutrina. Alguns julgados são clássicos. No caso Handsyde, o Reino Unido confiscou exemplares de um livro considerado obsceno. Chamada a se pronunciar sobre eventual violação ao direito de liberdade de expressão, a CEDH entendeu que em razão do contato direto das autoridades estatais com as forças vitais de seu país, estariam, em princípio, em melhor posição de que o juiz internacional, para avaliar as exigências morais de suas sociedades.

Em outro julgado, no caso Cossey, a CEDH, ao tratar da questão relativa ao direito dos transexuais a modificarem sua identidade, bem como, ter direito ao casamento, decidiu que caberia a cada Estado, de acordo com a sua margem de apreciação, decidir sobre essas questões.

Mais recentemente, no Caso Lautsi vs. Itália, a CEDH valeu-se novamente da doutrina da margem de apreciação para permitir que símbolos religiosos, especificamente crucifixos, fossem utilizados em prédios e escolas públicas italianas, pois ante a ausência de consenso regional sobre a matéria, deveria prevalecer as peculiaridades das crenças e tradições italianas, sob pena de se impor o entendimento europeu de liberdade religiosa e liberdade de educação ao povo italiano.

- O entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH

A doutrina da margem de apreciação recebe um tratamento diferente no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

11 PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo; HEEMANN. Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. Manaus: Dizer o Direito. 2015. p. 142.

Talvez em razão de uma maior homogeneidade cultural, decorrente da colonização predominantemente portuguesa e espanhola, a Corte Interamericana, salvo em raríssimos casos¹², não tem aceitado a aplicação da doutrina.

Em julgado recente, no caso *Lopez Mendonza vs. Venezuela*, a tese da teoria da margem de apreciação voltou a ser suscitada. Pela importância do caso e sua simbologia quanto ao tema, faz necessária uma descrição mais pormenorizada.

O Sr. Leopoldo Lopez Mendoza, político venezuelano, foi inabilitado para o exercício da função pública em dois processos administrativos sancionadores, sob a acusação de malversação de recursos públicos. Em razão de tais condenações, o Sr. Lopez Mendoza não conseguiu registrar sua candidatura na junta eleitoral para concorrer ao cargo de Dirigente Metropolitano de Caracas, capital da Venezuela. Por se sentir prejudicado, tentou reverter sua situação no âmbito da suprema corte venezuelana, o que restou infrutífero.

O caso foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos que, entre outros fundamentos, condenou o Estado venezuelano, por violação ao art. 22.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos - direito político de elegibilidade – pois a restrição aos direitos políticos deveria ter advindo de um processo criminal, no qual fossem asseguradas todas as garantias legais, o que não houve no ocorrido.

A Venezuela entendeu que a sentença era inexecutável, pois o tema estava relacionado com questões políticas internas, que envolviam a margem de apreciação exclusiva do Estado venezuelano.

Esta posição da Venezuela não possui a simpatia da Corte Interamericana de Direitos Humanos que não aplica a teoria da margem de apreciação, pois resvala numa perigosa tendência para o relativismo, o que permitiria que Estados violassem direitos humanos e se escusassem da proteção sob o argumento de questões internas.

Se de um lado, a margem de apreciação promove um fortalecimento do multiculturalismo, por outro, permite que minorias vulneráveis não tenham o abrigo do sistema de proteção internacional de direitos humanos, o que demonstra o quão é difícil a harmonização entre o universalismo e a promoção da diversidade cultural.

12 Opinião Consultiva nº 4/84, na qual se discutiram mudanças constitucionais no processo de naturalização de estrangeiros na Costa Rica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conflito entre o universalismo dos direitos humanos e o multiculturalismo é real e gera uma tensão, muitas vezes, de difícil solução. Quanto maior é a diferença cultural entre os povos, mais complexa se torna a aplicação uniforme de entendimentos a respeito do conteúdo dos postulados consagrados nas normas de proteção dos direitos humanos.

Esta é a razão pela qual a aplicação da doutrina da margem de apreciação recebe um tratamento diferente na Corte Europeia de Direitos Humanos, que a aceita sem maiores constrangimentos, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos que a encara como um risco de relativização e esfacelamento dos postulados consagrados no Pacto de San José da Costa Rica.

No estágio atual do desenvolvimento e afirmação histórica dos direitos humanos, parece preponderar o entendimento de que o multiculturalismo é um valor que deve sim ser preservado, tendo em vista a sua íntima relação com o princípio da dignidade humana, todavia, sua aplicação não pode descambar em um relativismo tal que resulte na negação completa do núcleo essencial de outros direitos humanos fundamentais.

O certo é que a questão ainda está longe de uma solução pacífica, o que decorre do fato de que concepções de “justo” e “correto” são resultados da linguagem, da comunicação entre os indivíduos de uma comunidade, e que, portanto, se alteram conforme o espaço e o tempo.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Introdução. Tradução e notas de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA, Deborah Macedo Duprat de Britto. O Estado Pluriétnico. In: *Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III*. Rio de Janeiro: Laced, 2002.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. In: *Estudos Avançados 11 (30)*, 1997.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil (1689).

Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, TJ: Vozes, 1994.

PAIVA, Caio Cezar de Figueiredo; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. Manaus: Dizer o Direito. 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. Saraiva.



MODALIDADES DE LICITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E UMA BREVE COMPARAÇÃO COM OS PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA NA UNIÃO EUROPEIA

*PROCEDURES FOR PUBLIC BIDS ESTABLISHED IN THE
BRAZILIAN LEGAL SYSTEM AND A BRIEF COMPARISON
WITH THE PROCUREMENT PROCEDURES IN THE
EUROPEAN UNION*

*Juliana Lima Salvador
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução: Obrigatoriedade constitucional de licitar e a abrangência da Lei 8.666/93; 1 Modalidades de licitação previstas no ordenamento jurídico brasileiro; 1.1 Concorrência; 1.2 Tomada de Preços; 1.3 Convite; 1.4 Concurso; 1.5 Leilão; 1.6 Pregão; 1.7 RDC; 1.8 Consulta; 2 Das exceções do dever de licitar no ordenamento jurídico brasileiro; 3 Procedimentos de Contratação Pública na União Europeia; 3.1 Concurso aberto; 3.2 Concurso limitado; 3.3 Procedimento concorrencial com negociação; 3.4 Diálogo concorrencial; 3.5 Parcerias para inovação; 4 Breve comparativo/paralelo entre as modalidades de licitação no Brasil e os procedimentos de contratação pública da União Europeia; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo apresentar as modalidades de licitação existentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os novos procedimentos de contratação pública trazidos pela recente editada Diretiva 2014/24/EU da União Europeia, com uma breve comparação entre as referidas formas de contratação pública. Também foram feitas abordagens sobre os objetivos da criação, no Brasil, da recente modalidade instituída pela Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, denominada Regime Diferenciado de Contratação – RDC, bem como as razões pelas quais a Comunidade Europeia entendeu por alterar o regramento para contratações públicas. Ao final, apresenta-se uma análise sobre a criação das outras modalidades de licitação no ordenamento jurídico brasileiro com vistas a conferir maior celeridade aos certames nacionais e dos novos procedimentos pela União Europeia que objetivam prestigiar a negociação entre as partes, fazendo-se um paralelo com a tentativa de se reduzir fraudes e corrupção nas contratações públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Licitação. Modalidades. Lei 8.666/93. Diretiva 2014/24/EU. Novos Procedimentos. Contratação Pública.

ABSTRACT: This article aims to present the current public bid procedures in the Brazilian legal system, as well as the new procurement procedures established by Directive 2014/24, published recently by the European Parliament and the Council of the European Union, and briefly compare these two forms of public procurement. The article intends to analyze the goals behind the creation of the Differentiated Contracting Regime - DRC in Brazil by Law #12.462, as well as the reasons why the European Union decided to alter regulations of procedures for public procurements. The paper also presents an analysis on the creation of new bidding procedures within the Brazilian legal system, that focus on providing celerity to public tenders on a national level, as well as the new procedures adopted by the European Union, which aim to honor the negotiation between parties, making a parallel with the attempt to reduce fraud and corruption in public procurement.

KEYWORDS: Federal Constitution. Bidding Procedures. Law 8.666/93. European Union Directive 2014/24/EU. New Procedures. Public Procurement.

INTRODUÇÃO: OBRIGATORIEDADE CONSTITUCIONAL DE LICITAR E A ABRANGÊNCIA DA LEI 8.666/93

A Carta Magna de 1988 conferiu, pela primeira vez, o *status* de tema constitucional às contratações públicas, ao estabelecer como regra a realização de prévia licitação pelo Poder Público para contratação de obras, serviços, compras e alienações, admitindo, porém, exceções a serem disciplinadas por Lei. Tal fato, nos dizeres de Jessé Torres Pereira Junior¹, decorreu da “importância da competitividade no acesso às contratações administrativas passou a ter para a democratização e moralidade da gestão pública, sem prejuízo da segurança jurídica, no Estado contemporâneo”.

O mesmo diploma legal delimitou, em seu texto, ser de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecidos, para as empresas públicas e sociedade de economia mista o disposto no seu artigo 173, parágrafo 1º, III.

Pelo disposto no texto constitucional, pode-se extrair as seguintes conclusões:

- a) A Lei editada pela União, com vistas a regulamentar o artigo 37 da CF, qual seja, Lei 8.666/93, estabelece regras gerais sobre licitação e contratos, o que implica em dizer que nenhum outro ente federativo pode editar normas gerais sobre o mesmo tema;
- b) Compete aos demais entes federativos legislar apenas sobre regras específicas; e
- c) A Lei 8.666/93 é uma lei Nacional e não apenas federal, pois alcança todas as demais pessoas federativas.

Delimitada a abrangência da Lei 8.666/93, urge destacar os destinatários da aludida norma. Sobre o tema, o Estatuto de Licitações e Contratos define no seu artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p.21.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

No que se refere as empresas públicas e sociedade de economia mista exploradoras de atividade econômica, o texto constitucional estabelece que as mesmas utilizarão de procedimentos licitatórios específicos, o que, contudo, até o presente momento não existe no ordenamento jurídico vigente.

Nesse contexto, e segundo Marçal Justen Filho², ““Enquanto não for editado um estatuto de licitações da Administração indireta, a matéria continuará sob a disciplina da Lei 8.666/93””. Todavia, a matéria ainda não se encontra consolidada no âmbito da Corte de Contas e do Supremo Tribunal Federal, como pode ser observado nos julgados dos Acórdãos 501/2007, 886/2007 e 422/2008, Plenário do TCU e na decisão proferida pelo STF no MS nº 25.888/DF.

Assim, por força constitucional, a realização prévia de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações é a regra a ser seguida pelo Poder Público, sendo certo que tanto os Estados, Distrito Federal e Municípios devem observar as normas gerais contidas na Lei 8.666/93, editada com a finalidade de regulamentar o artigo 37 da Constituição Federal.

Pois bem. Antes de se adentrar ao tema do presente artigo, há de se trazer, inicialmente, o conceito de licitação.

Segundo o doutrinador Mauro Sérgio dos Santos³, “Licitação é o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona, a partir da efetiva competição deflagrada entre os interessados, a proposta que melhor atenda aos interesses da coletividade.”

A finalidade a licitação é trazida com clareza também por Jessé Torres Pereira Junior, em sua obra *Comentários à Lei de Licitação e Contratações da Administração Pública*, 8ª Edição, 2009:

Selecionar a proposta mais vantajosa é, a um só tempo, o fim de interesse público que se quer alcançar em toda licitação (sentido amplo) e o resultado que se busca para cada licitação (sentido estrito). Licitação que não se instigue a competição, para dela não surtir a proposta mais vantajosa, descumpra sua finalidade legal e institucional, impondo-se à autoridade competente invalidá-la por vício de ilegalidade.

2 JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 26

3 SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 277.

A par disso, caracteriza-se a licitação por um conjunto de atos administrativos, que formam um procedimento pelo meio do qual o Poder Público busca, entre várias, a proposta mais vantajosa para a execução de uma obra, serviços, compras ou alienação.

E a forma como tais atos administrativos são estruturados no procedimento é que irá definir a modalidade da licitação, segundo o objetivo a ser alcançado. Assim, segundo Marçal Justen Filho⁴ “As diversas “modalidades” representam, na verdade, diversas formas de regular o procedimento de seleção. As diversas espécies de procedimento distinguem entre si pela variação quanto à complexidade de cada fase do procedimento e pela variação quanto a destinação de cada uma das fases.”

As modalidades de licitação trazidas pela Lei 8.666/93 diferenciam-se entre si, portanto, pela complexidade nas fases e também pela fase de julgamento.

Como regra, o critério de escolha da modalidade a ser adotada é o econômico, já que a Lei 8.666/93 condicionou a adoção de determinada modalidade ao valor da contratação.⁵ Todavia, em decorrência da complexidade do objeto, referido critério poderá ser relevado em face de uma melhor adequação de uma modalidade ao caso em concreto, tal como previsto no art. 23 §4^{o6}.

Embora haja previsão no Estatuto de Licitação e Contratos quanto a proibição de criação de novas modalidades de licitação, existem hoje no ordenamento jurídico vigente ao menos três outras modalidades instituídas por leis específicas, quais sejam, o pregão, a consulta e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC.

4 JUSTEN Filho, op. cit., p. 251

5 Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

6 Art. 23 [..,]

§ 4o Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

No entendimento de Marçal Justen Filho, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 13ª edição, a criação de novas modalidades de licitação, tal como o Pregão, não infringe aquilo que disposto no artigo 22 da Lei 8.666/93, senão veja-se:

A Lei proíbe a adoção de outras modalidades de licitação ou a combinação das regras procedimentais para produzir novas figuras. Significa que o elenco do art. 22 é exaustivo, ressalvada a possibilidade de lei federal específica dispor sobre o tema, tal como se passou com a figura do pregão (que se subordina à disciplina da Lei 10.520).

Insta informar que a possibilidade de edição de leis pela União criando novas e específicas modalidades de licitação foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADIN 1668-5 DF. No referido julgamento, o Ministro Nelson Jobim proferiu o seguinte voto de vista:

Não vejo “*quebra da razão de ser do processo licitatório*”, referido no voto do Relator.

Cada uma das leis mencionadas são normas específicas para temas que cada uma delas trata.

O legislador brasileiro não editou uma só lei para todas as modalidades de licitação e contratação.

Aliás, o inciso XXVII do art. 22 da Constituição não obriga a edição de lei única.

Ele atribui à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades. Uma coisa é poder editar normas gerais sobre todas as modalidades, obrigatórias também para os Estados e Municípios. Outra coisa seria obrigar existir uma lei geral para todas as modalidades.

A Constituição assegurou à União legislar sobre normas em todas as modalidades.”

O entendimento do Ministro Nelson Jobim foi acompanhado pela maioria do Plenário, em divergência ao voto do Ministro Relator.

1 MODALIDADES DE LICITAÇÃO PREVISTAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Após breve introdução sobre o conceito de licitação e seus objetivos, bem como sobre a possibilidade de se criar novas modalidades de licitação por meio de lei específica, apresenta-se abaixo as características principais de cada modalidade existente no ordenamento jurídico vigente.

1.1 Concorrência

É a modalidade de licitação mais complexa prevista no ordenamento jurídico vigente, em que pode participar qualquer um que atenda aos requisitos do edital. Por isso, é considerada a modalidade que busca a participação de maior número de ofertantes.

O seu procedimento prevê a habilitação prévia rigorosa e detalhada dos ofertantes, sendo que os mesmos somente terão sua proposta analisada pela Comissão caso sejam habilitados em fase preliminar.

Embora a legislação apresente uma faixa de preços para sua utilização, a depender do objeto a ser tutelado, poderá ser utilizada em caso de contratação inferior ao estabelecido na norma.

Independentemente do valor, a lei prevê que a modalidade concorrência deve ser adotada nos seguintes casos: a) compra de bens imóveis; b) alienações de bens imóveis para as quais não tenha sido adotada a modalidade leilão; c) concessões de direito real de uso, serviço ou obra pública; d) licitações internacionais.

Por haver uma hierarquia definida no art. 23, 4º da Lei 8.666/93, a concorrência pode ser usada também nos casos em que é cabível o convite ou a tomada de preços.

1.2 Tomada de Preços

Nesta modalidade de licitação podem participar tanto os interessados inscritos, quanto aqueles que tiverem interesse no certame e que preencham as condições necessárias ao cadastramento, em um prazo de até três dias fixados para apresentação da proposta. O cadastramento dos interessados, no entendimento de Marçal Justen Filho⁷, corresponde à fase de habilitação, que nessa modalidade fica antecipada para o momento anterior ao início da licitação.

A finalidade da tomada de preços é tornar a licitação mais sumária e rápida, apresentando, a depender do valor da contratação, procedimentos

⁷ JUSTEN Filho, *op cit.*, p. 252

mais formais, à exemplo do que acontece na previsão de necessidade de assinatura de contrato, nos termos do artigo 62 da Lei 8.666/93.⁸

Pode ser utilizada nas licitações internacionais quando o valor da contratação estiver dentro dos limites estabelecidos pelo ELC e o órgão ou entidade contratante dispuser de cadastro internacional de fornecedores.

1.3 Convite

Até o surgimento do pregão, o convite era a modalidade mais utilizada pela Administração, por consistir em uma modalidade mais simplificada e com menores prazos para sua realização. Conforme artigo 23 da Lei 8.666/93, o convite deve ser utilizado para a contratação/aquisição de menor vulto.

Essa modalidade de licitação consiste na escolha pela Administração para participar do certame das empresas ou profissionais do ramo pertinente ao objeto. Após a escolha dos participantes, a Administração deve promover a fixação do edital em local apropriado, possibilitando, assim, a participação de demais interessados cadastrados na correspondente especialidade no certame.

Em que pese os procedimentos serem simplificados, não há no convite a dispensa de verificação de habilitação e regularidade fiscal, fato esse confirmado pela edição da IN 02/2010 SLTI/MPOG, que estabelece normas para o funcionamento do SICAF no âmbito dos órgãos e entidades.

A legislação estabelece, ainda, a necessidade de obtenção, pela Administração, de três propostas válidas. Uma vez não sendo possível a obtenção de referida quantidade de propostas válidas, seja em decorrência de limitação do mercado, seja em decorrência do desinteresse dos convidados, deverá a Administração justificar tal ocorrência nos autos, podendo a contratação ser efetivada com os ofertantes, nos termos da decisão prolatada pelo TCU⁹, noticiada na obra *Contratação Direta sem Licitação*, de J.U. Jacoby Fernandes.¹⁰

1.4 Concurso

É a modalidade de licitação utilizada para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios estabelecidos no edital. O

8 Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

9 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo nº TC-225.184/93-1*. Decisão nº 274/1994 – Plenário. Relator Ministro Homero Santos,

10 FERNANDES, J.U.Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum.2008. p.90

prêmio corresponde a uma contrapartida, financeira ou não, pela atividade técnica ou artística produzida.

O edital do concurso deve ser divulgado de forma ampla, obedecendo-se os prazos previstos no artigo 21, §2º, I da Lei 8.666/93. Ao contrário do que se dá nas demais modalidades acima descritas, no concurso a execução do objeto acontece previamente à licitação, já que os ofertantes devem apresentar o trabalho pronto e acabado para julgamento.

Em decorrência da regra de elaboração dos trabalhos antes do certame, deve a Comissão, composta por pessoas de reputação ilibada e reconhecido pela matéria, cuidar para que os prazos estabelecidos sejam suficientes para a consecução do trabalho a ser apresentados pelos ofertantes, levando-se em conta sua complexidade.

No concurso, é comum que a habilitação seja remetida para momento posterior ao julgamento, podendo o edital, ainda, prever formas de anonimato na participação. Não poderá haver, no julgamento, qualquer indicação externa de autoria, sendo revelada a identidade do vencedor apenas após o julgamento.

1.5 Leilão

É modalidade de licitação utilizada para alienação de bens imóveis adquiridos pela Administração por meio de procedimento judicial ou de dação em pagamento, de bens móveis inservíveis cujo valor não ultrapasse R\$650.000,00, bem como de produtos legalmente apreendidos pela Receita Federal.

Não há previsão de habilitação prévia para participação no leilão, podendo participar quaisquer interessados.

Os bens a serem alienados deverão ser previamente avaliados, devendo o pagamento ser feito após o arremate no percentual de, no mínimo, cinco por cento, e o restante ser quitado no prazo estipulado no edital.

Os lances no leilão são verbais, configurando uma disputa pública entre os ofertantes enquanto durar a pregão. Aquele que, ao final, oferecer maior lance de valor igual ou superior ao avaliado previamente arremata o objeto da licitação.

Além das situações acima editadas, o leilão também deverá ser usado nos procedimentos de privatização com outorga de concessão, nos moldes da Lei 9.074/1995.

1.6 Pregão

O pregão é uma das modalidades de licitação não previstas no ELC, tendo sido criado pela Lei 10.520/02. Deve ser utilizado para a aquisição de bens e serviços comuns, assim definidos pela legislação como “aqueles

cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações do mercado”.

Em decorrência do Decreto 5.450/2005, deverá ser dada preferência à forma eletrônica, sendo sempre adotado o tipo menor preço.

A principal inovação dessa modalidade foi a simplificação dos procedimentos e a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento das propostas. No pregão, a habilitação será promovida somente do licitante classificado em primeiro lugar. Se a proposta do mesmo não for aceitável (por não compatível ao valor estimado da contratação) ou não forem preenchidos os requisitos de habilitação, o pregoeiro passará ao exame da proposta subsequente.

Também foi conferida ao pregoeiro a possibilidade de negociação das propostas, através de apresentação de contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, para que seja obtida o melhor preço.

A modalidade pregão não pode ser utilizada para contratações de obras, sendo admitida, contudo, para os casos de serviços de engenharia definidos como comuns (Súmula 257 TCU)¹¹.

1.7 Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC

Modalidade instituída pela Lei 12.462/2011, inicialmente aplicada às licitações e aos contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos, da Copa das Confederações e Copa do Mundo e de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 Km das cidades sedes dos mundiais.

Em seguida, houve a permissão legislativa para a utilização de referida modalidade também para as ações do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS, obras e serviços de engenharia para a construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades e atendimento socioeducativo, além de ações no âmbito da segurança pública. Sua aplicabilidade é limitada às hipóteses previstas em Lei, sendo, portanto, vedada a sua incidência a outras atividades.

A nova modalidade tem como objetivo ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, promover a troca de experiências e tecnologias em busca de melhor relação entre os custos e benefícios para o setor público, incentivar a inovação tecnológica além de assegurar o tratamento isonômico e a seleção mais vantajosa para a administração pública.

11 “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”.

O RDC trouxe a inversão de fases, tal como no pregão, na busca de reduzir o tempo do procedimento licitatório e os custos do projeto. Também inovou ao prever a contratação integrada, a remuneração variável em decorrência do desempenho da contratada, além da unificação do prazo de recurso dos licitantes.

Outra importante novidade do novo regime é a possibilidade de negociação pela Administração Pública com o primeiro colocado na busca de condições mais vantajosas, assim entendidas também aquelas não relacionadas diretamente com o conteúdo econômico das propostas, de acordo com o critério estabelecido no edital.¹²

1.8 Consulta

É a modalidade criada pela Lei 9.472/97, utilizada pela Agência Nacional de Telecomunicações ANATEL, para a contratação de bens e serviços não classificados como comuns. É vedada para a contratação de obras e de serviços de engenharia, tendo seus procedimentos regulamentados por uma Resolução editada no âmbito da agência reguladora.

2 DAS EXCEÇÕES AO DEVER DE LICITAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O princípio constitucional de licitar não é absoluto. O próprio texto constitucional permitiu que a legislação apresentasse situações em que não é necessária a previa realização do certame licitatório. E foi exatamente isso que fez a Lei 8.666/93 ao possibilitar a contratação direta por dispensa ou inexigibilidade. Normas editadas pela União também podem trazer outras possibilidades de contratação direta por dispensa de licitação, tal como ocorreu na Lei 13.001/2014¹³.

¹² www.justen.com.br/pdfs/IE55/IEDD-MarcaIn.pdf

¹³ Art. 1º Os créditos concedidos aos assentados da reforma agrária, no período de 10 de outubro de 1985 até 27 de dezembro de 2013, destinados à construção, à ampliação ou à reforma de habitação, efetivados por meio de crédito de instalação de que trata o inciso V do caput do art. 17 da Lei no 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e de assistência financeira de que trata o inciso VI do caput do art. 73 da Lei no 4.504, de 30 de novembro de 1964, poderão ser liquidados nas mesmas condições de pagamento do Programa Nacional de Habitação Rural - PNHR, instituído pela Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, nos termos do disposto em regulamento.

§ 5º A gestão dos créditos de que trata o caput permanecerá sob responsabilidade do Incra, que poderá contratar instituição financeira federal para a sua operacionalização, dispensada a licitação.

§ 6º As condições de liquidação de que trata este artigo aplicam-se ao herdeiro legítimo, desde que resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

§ 7º As condições de pagamento previstas no caput beneficiarão o ocupante atual do lote de reforma agrária, no caso de substituição de beneficiário na forma estabelecida em regulamento, após a devida exclusão do candidato desligado do programa.

Alguns doutrinadores, porém, apontam pela existência de três formas de efetuar a contratação direta, na medida em que diferenciam a licitação dispensada e a licitação dispensada.

Um dos doutrinadores que desta forma entende é Mauro Sérgio dos Santos¹⁴, senão veja-se:

Na dispensa, ao contrario, é possível realizar-se o certame licitatório, mas, por várias razões consideradas relevantes pelo legislador, poderá o administrador público dispensar a licitação e, conseqüentemente, efetuar a contratação direta (Art. 24 do ELC). Há outros casos ainda em que a própria Lei dispensa a licitação, obrigando o legislador a efetuar a contratação direta, conforme prescreve o art. 17, I e II, do ELC. No primeiro caso, estamos diante da chamada *licitação dispensável*, hipótese em que o art. 24 do ELC relaciona inúmeras situações nas quais cabe ao administrador público, com base no seu poder discricionário, escolher entre realizar o certame ou efetuar a contratação direta; a segunda hipótese tem previsão expressa no art. 17, I e II, do ELC, que enumera alguns casos de *alienação* de bens públicos em que o agente público estará vinculado ao mandamento legal, não podendo, pois, realizar o certame, haja vista que a própria lei assim o determina, materializando o que a doutrina denomina de *licitação dispensada*. (grifo do autor)

Entendimentos doutrinários a parte, o certo é que os artigos 17 e 24 do ELC trazem, de forma taxativa, os casos em que o Administrador pode optar em realizar a licitação ou promover a contratação direta do fornecedor.

Todavia, a opção do Administrador em licitar não se mostra presente nos casos de inexigibilidade, pois esta pressupõe a inviabilidade de competição, seja por existir apenas um único fornecedor do bem ou serviço, seja em decorrência do caráter personalíssimo e único do objeto. Na inexigibilidade, a licitação é impossível juridicamente e as situações elencadas nos incisos I a III do art. 25 do ELC são meramente

§ 8º O regulamento a que se refere o caput estabelecerá termos, condições, prazos, rebates para liquidação e procedimentos simplificados para o cumprimento do disposto neste artigo.

§ 9º O assentado em projeto de reforma agrária que tenha utilizado recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS como fonte complementar aos créditos habitacionais concedidos pelo Incra, e esteja inscrito no Cadastro Nacional de Mutuários - CAD-MUT fará jus aos benefícios instituídos pelo art. 1º desta Lei, desde que atenda as seguintes condições:

I - comprove a permanência no assentamento e na atividade rural;

II - comprove as condições de inabitabilidade da unidade habitacional mediante laudo técnico emitido por entidade cadastrada pelo agente responsável pela execução do PNHR.

14 SANTOS, op. cit., p.532.

exemplificativas, pois uma vez comprovada a inviabilidade de competição, o enquadramento da contratação ocorrerá no caput do referido artigo.

3 PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA NA UNIÃO EUROPEIA

Apontadas as modalidades de licitação e as possibilidades de contratação direta existentes no ordenamento jurídico vigente, insta abordar os procedimentos utilizados pela União Europeia nas contratações públicas.

Contudo, é importante trazer inicialmente algumas informações gerais sobre o regramento jurídico atual acerca do tema naquela comunidade.

Com vistas a aumentar a eficiência da despesa pública, facilitando a participação de pequenas e médias empresas, além de garantir que os adquirentes utilizassem melhor os contratos públicos, o Parlamento e o Conselho Europeu revogaram a Diretiva 2004/17/EU e editaram a Diretiva 2014/24/UE.

A edição da nova Diretriz pela União Europeia simplificou os procedimentos de formação dos contratos públicos, além de prestigiar a negociação das autoridades adjudicantes¹⁵ com os operadores econômicos¹⁶ os termos dos contratos, com vistas a se obter o que melhor satisfaz as suas necessidades.

A alteração normativa trazida pela Diretiva 2014/24/EU também permitiu maior celeridade no procedimento de contratação pública, na medida em que implementou prazos menores para o procedimento, desburocratizou a comprovação dos requisitos de participação por parte dos interessados, além de ter previsto a criação de mecanismos eletrônicos para a realização dos atos.

Além disso, houve a preocupação em estabelecer medidas mais robustas com vistas a prevenir corrupção, conflito de interesses e favorecimentos, impondo aos Estados Membros a adoção de medidas que reprimem, de forma eficaz, irregularidades nos procedimentos de contratação pública.

15 Artigo 2.º
Definições

1) «Autoridades adjudicantes», as autoridades estatais, regionais ou locais, organismos de direito público e associações formadas por uma ou mais dessas autoridades ou organismos de direito público;

16 Artigo 2.º
Definições

10) «Operador económico», qualquer pessoa singular ou coletiva, entidade pública ou agrupamento de tais pessoas e/ou entidades, incluindo agrupamentos temporários de empresas, que realize empreitadas e/ou obras, forneça produtos ou preste serviços no mercado;

Outra finalidade da edição da Diretiva foi de clarear o próprio conceito de contratação pública, dispondo que as regras nela contida somente abrangem a aquisição (em sentido lato) de obras, fornecimentos ou serviços, a título oneroso. Nesse compasso, veio o artigo 1º, estabelecendo a aplicação da norma apenas aos procedimentos de contratação adotados por autoridade adjudicantes relativamente aos contratos públicos e aos concursos de concessão cujo valor não ultrapasse aos valores estabelecidos no artigo 4^o¹⁷ do mesmo diploma legal.

A norma apresenta, ainda, algumas situações em que não é aplicável, tais como nos casos de serviços nos setores de água, energia, transportes e postais.

Os destinatários da Diretiva são os Estados Membros da União Europeia, não se aplicando às contratações realizadas pelos organismos internacionais em seu próprio nome e por sua própria conta.

Visto de forma geral alguns aspectos relativos à contratação pública no âmbito da União Europeia, traz-se a baila os procedimentos previstos na nova Diretiva.

Atualmente, são previstos os procedimentos denominados concurso aberto, concurso limitado, procedimento concorrencial com negociação, dialogo concorrencial e parcerias para inovação.

3.1 Concurso aberto

O concurso aberto caracteriza-se como um procedimento em que todos os operadores econômicos podem participar, em resposta a um convite para apresentação de propostas, as quais devem conter as informações solicitadas pelas autoridades adjudicantes para efeitos de seleção qualitativa.

17 Secção 2

Limiares

Artigo 4.o

Montantes limiares

A presente diretiva aplica-se aos contratos cujo valor estimado, sem imposto sobre o valor acrescentado (IVA), seja igual ou superior aos seguintes limiares:

- a) 5 186 000 EUR para os contratos de empreitada de obras públicas;
- b) 134 000 EUR para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades governamentais centrais e concursos para trabalhos de conceção organizados por essas autoridades; quando os contratos públicos de fornecimento forem adjudicados por autoridades adjudicantes que operem no domínio da defesa, este limiar só se aplica aos contratos relativos a produtos mencionados no Anexo III;
- c) 207 000 EUR para os contratos públicos de fornecimento e de serviços adjudicados por autoridades adjudicantes subcentrais e concursos para trabalhos de conceção organizados por essas autoridades; quando os contratos públicos de fornecimento forem adjudicados por autoridades adjudicantes que operem no domínio da defesa, esse limiar só se aplica aos contratos relativos a produtos mencionados no Anexo III;
- d) 750 000 EUR para os contratos públicos de serviços relativos a serviços sociais e outros serviços específicos enumerados no Anexo XIV.

Nessa modalidade os prazos para a apresentação das propostas podem ser reduzidos pelas autoridades adjudicantes.

3.2 Concurso limitado

Nesse tipo de procedimento somente podem apresentar propostas os operadores econômicos convidados pela autoridade adjudicante, após a avaliação das informações prestadas pelos mesmos em decorrência de um pedido de participação em resposta a um anúncio público.

No concurso limitado é possível que a autoridade adjudicante limite o número de candidatos a participar no procedimento. Também há a possibilidade de redução do prazo de recebimento das propostas por parte dos Estados Membros, desde que assegurada a identidade de prazo para todos os selecionados.

3.3 Procedimento concorrencial com negociação

Procedimento também aberto para qualquer operador econômico, onde as autoridades adjudicantes identificam nos documentos do concurso o seu objeto, descrevendo as suas necessidades e as características exigidas para os fornecimentos, obras ou serviços a adquirir.

No referido documento também constam os critérios de adjudicação do contrato e ainda os requisitos mínimos que todos os proponentes devem preencher. Após a avaliação das informações inicialmente prestadas, somente os operadores econômicos convidados pela autoridade adjudicante podem apresentar uma primeira proposta, que subsidiará as negociações seguintes. As negociações desenrolam-se em fases sucessivas até que seja reduzido o número de propostas por meio da aplicação dos critérios de adjudicação especificados no convite. Uma vez pretendendo a autoridade adjudicante concluir as negociações, é definido um prazo comum para apresentação de propostas finais.

3.4 Diálogo concorrencial

Nos diálogos concorrenciais qualquer operador econômico pode apresentar um pedido de participação, em resposta a um anúncio de concurso. Contudo, somente podem participar no diálogo os operadores econômicos convidados pela autoridade adjudicante após a avaliação das informações prestadas, podendo haver, inclusive, redução do número de candidatos a serem convidados a participar do procedimento.

Os contratos são adjudicados exclusivamente com base no critério da melhor proposta economicamente mais vantajosa, tendo em conta a melhor relação qualidade/preço.

Nesse procedimento, as autoridades adjudicantes iniciam um diálogo com os candidatos selecionados, que tem por objetivo identificar e definir os meios que melhor satisfaçam suas necessidades, podendo ser debatidos também outros aspectos do concurso. O diálogo é contínuo até que a autoridade adjudicante identifique a solução ou as soluções suscetíveis de satisfazer suas necessidades, após o que os participantes são convidados a apresentar suas propostas finais com as soluções especificadas durante o procedimento.

Após a avaliação das propostas finais, finaliza-se os termos do contrato com aquele que apresentar a proposta com melhor relação qualidade/preço.

3.5 Parcerias para inovação

Nesta modalidade qualquer operador econômico pode apresentar pedido de participação em resposta a um anúncio de convite, apresentando as informações para efeito da seleção qualitativa solicitada pela autoridade adjudicante.

No documento do concurso, a autoridade adjudicante indica a necessidade do produto, serviço ou obra inovadores que não possam ser obtidos mediante aquisição de produtos, serviços ou obras que estão disponíveis no mercado. Também são indicados todos os requisitos mínimos que os proponentes devem preencher. As informações a serem prestadas pelos proponentes devem ser precisas, de modo a permitir aos operadores econômicos identificar a natureza e o âmbito da solução necessária e decidir se pretendem solicitar a participação no procedimento.

A parceria para inovação deve visar o desenvolvimento de produtos, serviços e obras inovadores e posterior aquisição dos fornecimentos, serviços ou obras daí resultantes, desde que estes correspondam aos níveis de desempenho e custos máximos previamente acordados entre a autoridade adjudicante e os participantes.

A regra é pela negociação entre a autoridade adjudicante e o proponente da primeira proposta e todas as propostas subsequentes que tenham apresentado, para melhorar o respectivo conteúdo. As negociações no decurso dos procedimentos de parcerias podem desenvolver-se em fases sucessivas, de modo a reduzir o número de propostas a negociar, aplicando-se os critérios especificados no

anúncio de concurso, no convite à confirmação de interesse ou na documentação relativa ao concurso.

Na seleção dos candidatos, as autoridades adjudicantes aplicam em especial os critérios relativos à capacidade dos candidatos no domínio da investigação e desenvolvimento, bem como no desenvolvimento e implementação de soluções inovadoras. Somente podem apresentar projetos de investigação e inovação destinados a satisfazer as necessidades identificadas os operadores econômicos convidados pela autoridade adjudicante após a avaliação das informações prestadas.

4 BREVE COMPARATIVO/PARALELO ENTRE OS PROCEDIMENTOS DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA DA UNIÃO EUROPEIA AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO NO BRASIL

Pelos procedimentos acima colacionados, verifica-se que tal como no ordenamento jurídico brasileiro, há procedimentos na União Europeia que visam a maior participação de interessados, e outros que restringem a apresentação de propostas apenas por convidados pelas autoridades adjudicantes. Nesse aspecto, pode-se fazer um comparativo das modalidades brasileiras, como a concorrência, em que o objetivo maior é a ampla participação de interessados e a tomada de preços e o convite, em que apenas participam aqueles interessados que previamente se cadastram ou que foram convidados pela Administração.

Pode-se dizer, ainda, que os procedimentos denominados concorrencial com negociação e diálogo concorrencial previstos na Diretiva prestigiam a negociação entre as partes, negociação essa, ainda que tímida, prevista também no ordenamento jurídico brasileiro nas modalidades Pregão e RDC.

Por outro lado, a Diretiva 2014/24/EU criou um sistema específico e simplificado para aquisição de compras de bens ou serviços de uso corrente geralmente disponíveis no mercado, denominado sistema de aquisição dinâmicos.

Referido sistema deve ser inteiramente eletrônico e estar aberto, durante um certo período, para qualquer operador econômico que satisfaça os critérios de seleção, sem qualquer limitação de números de candidatos. As demais regras a serem seguidas são aquelas aplicadas ao procedimento de concurso limitado.

Referido procedimento, como visto, se assemelha ao PREGÃO, instituído no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 10.520/2002, cujas características principais já foram referidas no presente artigo.

A Diretiva traz ainda situações em que podem ocorrer a negociação sem que haja a publicação prévia de anúncio de concurso.

Muito semelhante ao que previsto no artigo 24, IV e V, respectivamente, do ELC Brasileiro¹⁸, o artigo 32º da Diretiva¹⁹ prevê, dentre outras situações, a possibilidade de contratação “direta” quando restar configurada urgência extrema resultante de acontecimentos imprevisíveis e ainda quando não forem apresentadas propostas pelos interessados.

Também há a previsão de utilização de procedimento de negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso quando restar configurado que determinado serviço, obra ou produto somente podem ser fornecidos por determinado operador econômico, compatível, portanto, com a previsão de contratação direta por inexigibilidade prevista no artigo 25, I, da Lei 8.666/93²⁰.

18 Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

19 Artigo 32.o

Utilização do procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso

Nos casos e circunstâncias específicos previstos nos n.os 2 a 5, os Estados-Membros podem determinar que as autoridades adjudicantes possam recorrer a um procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso.

2. O procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso pode ser utilizado para contratos de empreitada de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços, em qualquer dos seguintes casos:

a) Quando não forem apresentadas propostas, nem propostas adequadas, nem pedidos, ou pedidos adequados de participação em resposta a um concurso aberto ou limitado, desde que as condições iniciais do contrato não sejam substancialmente alteradas e que, a pedido da Comissão, lhe seja transmitido um relatório.

Uma proposta deve ser considerada inadequada quando for irrelevante para o contrato, não permitindo manifestamente satisfazer, sem alterações substanciais, as necessidades e requisitos da autoridade adjudicante conforme especificados nos documentos do concurso. Um pedido de participação deve ser considerado inadequado caso o operador económico em causa deva ser ou possa vir a ser excluído, nos termos do artigo 57.o, ou não preencha os critérios de seleção estabelecidos pela autoridade adjudicante nos termos do artigo 58.o;

b) Quando as obras, os produtos ou os serviços só puderem ser fornecidos por um determinado operador económico, por uma das seguintes razões:i) o objetivo do concurso é a criação ou a aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico únicos, ii) não existe concorrência por razões técnicas,

iii) é necessário proteger direitos exclusivos, incluindo os direitos de propriedade intelectual;

20 Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

5 CONCLUSÃO

Sabe-se que a Lei 8.666/93 foi editada em um momento em que o Brasil enfrentava uma série de escândalos e suspeitas de superfaturamentos em obras do governo federal. Por isso, foram criadas regras rígidas, no intuito de evitar novos casos de favorecimentos e conluíus de empresas com autoridades e agentes públicos.

Contudo, em que pese a intenção do legislador, com o passar do tempo várias críticas surgiram em face do ELC, notadamente quanto a busca pelo menor preço em detrimento a qualidade dos produtos e serviços, a complexidade e demora dos procedimentos, além da continuidade dos casos de corrupção, favorecimento e superfaturamento nos contratos do poder público.

Alguns avanços, contudo, são perceptíveis, na tentativa de conferir maior celeridade nos procedimentos licitatórios. A edição da Lei 10.520/2002, como já visto, buscou conferir maior celeridade na aquisição de bens e serviços considerados comuns, ao promover a inversão de fases, possibilitar a negociação com o primeiro lugar e ainda prever a utilização preferencial de sistemas eletrônicos. Todavia, nessa modalidade ainda se busca o menor preço apenas, em detrimento da qualidade dos serviços e bens a serem adquiridos.

Também objetivando conferir maior eficiência nas contratações de obras e serviços de engenharia, foi criado o RDC, que possibilitou a negociação de condições mais vantajosas para a Administração além do menor preço, à exemplo das condições sociais e ambientais.

Até a criação do RDC, a negociação se mostrava presente no ordenamento jurídico brasileiro apenas nas licitações do tipo melhor técnica, onde o autor da melhor proposta técnica é convidado a reduzir o valor da proposta de menor preço entre aqueles licitantes que obtiveram a valorização mínima e no âmbito do pregão, em que há a previsão do pregoeiro poder negociar diretamente com a proposta classificada em primeiro lugar com vistas a se obter melhor condições. Verifica-se, portanto, que além de restritas, as possibilidades de negociação limitavam-se ao critério preço.

As notícias oficiais sobre o RDC trazem a concepção, também, de que referida modalidade foi instituída diante da constatação, ao longo do tempo, de que a Lei 8.666/63 apresenta um procedimento longo, lento e complexo, dificultando o controle e favorecendo a corrupção.²¹

O que se pode extrair desse contexto, portanto, é que a existência de normas rígidas nem sempre implicam na redução dos casos de corrupção

21 www.justen.com.br/pdfs/IE55/IEDD-MarcaIn.pdf. www.pac.gov.br/noticia/564012C0

e fraude nas contratações públicas, sendo necessária a intensificação da fiscalização e da consequente punição, seja administrativa, civil ou criminal dos envolvidos nas irregularidades. A história recente do Brasil demonstra a ineficiência na prestação dos serviços públicos aliada ao superfaturamento nos contratos.

Todavia, as recentes alterações legislativas ocorridas no Brasil e na União Europeia ainda não são capazes de demonstrar que é possível compatibilizar normas mais flexíveis com a redução de irregularidades no âmbito das contratações públicas, o que poderá ser auferido apenas com o decorrer do tempo.

REFERÊNCIAS

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009

JUSTEN Filho, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética. 2008.

SANTOS, Mauro Sérgio dos, *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

www.justen.com.br/pdfs/IE55/IEDD-Marcaln.pdf

PAC – MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO – ENTENDA O PAC. Disponível em: <<http://www.pac.gov.br/noticia/564012C0>>

Diretiva 24/2014/EU disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32014L0024>>.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>.

A UNIÃO EUROPEIA E A COOPERAÇÃO CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA COM O BRASIL

*THE EUROPEAN UNION AND THE SCIENTIFIC AND
TECHNOLOGICAL COOPERATION WITH BRAZIL*

Leopoldo Gomes Muraro

Procurador Federal. Procurador-chefe da Procuradoria Federal junto ao Conselho Nacional do Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Especialista em Direito Público e Graduado pela Universidade de Brasília – UnB

Renê da Fonseca e Silva Neto

Procurador Federal. Ex-Consultor Jurídico Substituto do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Especialista em Direito Administrativo e Graduado pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

SUMÁRIO: Introdução; 1 Antecedentes históricos e a criação da União Europeia; 2 Estrutura da União Europeia; 2.1 Parlamento Europeu; 2.2 Conselho Europeu; 2.3 Conselho da União Europeia; 2.4 Comissão Europeia ou Comissão; 3 Breves comentários sobre o Tratado Internacional; 4 Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica entre a Comunidade Europeia e a República Federativa do Brasil; 4.1 Histórico; 4.2 Elementos Essenciais do Acordo; 4.3 Efeitos concretos; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo é oferecer aos cientistas e juristas uma análise do atual modelo de cooperação internacional existente entre o Brasil e a União Europeia no campo da ciência, tecnologia e inovação. Para tanto, são abordadas inicialmente, de forma concisa e objetiva, os antecedentes históricos e a formação da União Europeia, descrevendo suas principais instituições e a maneira pela qual ocorre o seu funcionamento. Em sequência, traçam-se breves comentários acerca dos tratados internacionais e se examina o principal instrumento negocial cooperativo firmado entre a União Europeia e o Brasil – o Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica de 2004, fazendo-se uma análise histórica recente deste acordo, seus elementos essenciais e uma contextualização fática de seus resultados concretos.

PALAVRAS-CHAVE: União Europeia. Brasil. Tratados Internacionais. Cooperação Científica e Tecnológica.

ABSTRACT: The purpose of this article is to provide scientists and jurists an analysis of current existing international cooperation model between Brazil and the European Union in the field of science, technology and innovation. Furthermore, the historical background and the formation of the European Union is addressed in a concise and objective manner describing its main institutions and the way in which the operation works. Next, the article briefly outlines comments about the international agreements and it examines the main cooperative business instrument signed between the European Union and Brazil - the Scientific and Technological Cooperation Agreement of 2004. A historical analysis of this agreement and its essential elements along with the factual context of their concrete outcomes are also taken into account.

KEYWORDS: European Union. Brazil. International Treaties. Scientific and Technological Cooperation.

INTRODUÇÃO

A ciência, tecnologia e inovação - CT&I no Brasil vem conquistando avanços nos últimos anos e se revela como um poderoso instrumento na construção do País, extrapolando as barreiras do conhecimento e sendo um vetor efetivo no desenvolvimento social e econômico da nação.

Todavia, no campo jurídico, há necessidade premente de se aprofundar na análise da temática CT&I, buscando-se verificar quais instrumentos são aptos em nosso ordenamento jurídico a constituir um arcabouço seguro e eficaz para se alcançar os escopos traçados em nossa Constituição, Leis e Tratados Internacionais.

O objetivo de artigo é oferecer ao leitor uma análise jurídica do principal Acordo de Cooperação firmado entre a União Europeia e o Brasil no campo da pesquisa científica e no desenvolvimento tecnológico, bem como atos subsequentes já construídos e que se encontram em vigor.

Neste contexto, antes de se adentrar na análise do Acordo de Cooperação, será feita uma descrição da pessoa jurídica internacional transnacional que é a União Europeia, traçando suas características essenciais e seus principais órgãos executivos.

Sob este prisma, revela-se de suma importância para as esferas acadêmicas, científicas e jurídicas compreender o processo histórico que resultou na formação do bloco de nações europeias as quais, unidas, formaram uma nova figura no cenário mundial, bem como quais são suas principais instituições criadas para representar e atuar em nome desta união.

Diante desta contextualização, torna-se possível analisar os recentes tratados internacionais firmados entre o Brasil e a União Europeia no campo científico e tecnológico, descrevendo sua evolução histórica, seus elementos constitutivos e ações concretas realizadas nos últimos anos¹.

1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E A CRIAÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA

O cerne da criação da União Europeia – UE remonta à Segunda Guerra Mundial, maior conflito armado da história e que trouxe

1 No ano de 1981 foi realizado um ciclo de debates sobre a relação existente entre o Direito e a Ciência e Tecnologia, com a presença de juristas, acadêmicos e cientistas. Dentre as várias análises e conclusões, merece destaque a que segue transcrita devido à sua atualidade e necessidade constante de elaboração de textos jurídicos sobre o tema em questão: *“Todos os fatos sociais, acarretando conflitos de interesses, geram normas jurídicas para solucioná-los. A permanente evolução da ciência e da tecnologia, em busca de um mundo melhor, produz reflexos no campo do direito, o qual, por sua vez, vai influir na produção científica e técnica, na busca da proteção individual e coletiva. De vários modos verifica-se a inter-relação: pela regulamentação de contratos, como no caso da propriedade intelectual e industrial; pela responsabilidade civil, decorrente de usos danosos de tecnologia; pela proteção dos direitos da personalidade; pela defesa da ecologia e pela proteção do consumidor”*. CNPq, O Direito, a Ciência e a Tecnologia nos Anos 80. Atas do Ciclo de Debates, p.111/112.

consequências devastadoras para todos os países, notadamente para aqueles que participaram diretamente do conflito. Assim é que alguns países, no intuito de se reerguerem da devastação provocada pela guerra e buscando uma união que promovesse o fortalecimento econômico, criaram a Benelux no ano de 1948, sendo composta pela Bélgica, Luxemburgo e Holanda (Países Baixos).

Em 1951 surgiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço – CECA, formada pelos países componentes da Benelux e mais França, Alemanha e Itália. A ideia era tornar mais uniforme a produção de aço e carvão entre os países. Sua criação teve como gênese o Plano Schuman, um conjunto de ideias proposto pelo luxemburguês Robert Schuman² que conduziu à União Europeia. Por esse motivo, o dia 9 de maio de 1950, data do Plano Schuman, é considerado o aniversário da UE.

Os Tratados de Roma, celebrados em 25 de março de 1957³, instituíram a Comunidade Econômica Europeia – CEE e a Comunidade Europeia de Energia Atômica – Euratom. Em sequência, o Ato Único Europeu foi assinado em 1986 e preparou o terreno para o mercado único.

Depois de todos estes acordos, os países europeus tiveram tempo para maturar a ideia de um liga que arregimentasse vários estados, trazendo cada qual sua cultura, economia e identidade para, somados e complementados, virarem um estado mais unísono que pudesse fazer frente às potências econômicas da época. Ganhariam, pois, destaque no cenário econômico internacional. Dessa forma, em 7 de fevereiro de 1992, na cidade de Maastricht⁴, foi celebrado o Tratado de União Europeia, conferindo ao Parlamento maior participação na tomada de decisões e acrescentando novas formas de cooperação política. A União Europeia foi depois sendo aperfeiçoada por sucessivos tratados com o passar dos anos, sendo eles o Tratado de Amsterdã (1997)⁵, Tratado de Nice (2001)⁶ e Tratado de Lisboa (2007)⁷.

É interessante anotar que a UE, assim como o Brasil, baseia-se num Estado de Direito. Em resumo, significa que todas as medidas

2 Roberto Schuman nasceu em 1886 em Luxemburgo, mas foi radicado na França. Político democrata cristão, foi um grande negociador dos principais tratados do final da Segunda Guerra Mundial justamente pela posição política que ocupou no período, qual seja, Presidente do Conselho do *Mouvement Républicain Populaire* (MRP) em 1947 e depois Ministro de Relações Exteriores entre 1948 e 1952.

3 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/AUTO/?uri=CELEX:11997E&qid=1442415809354&rid=7>> e <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/AUTO/?uri=CELEX:11957A/AFI/CNF&qid=1442415809354&rid=6>>.

4 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1442416029804&uri=CELEX:11997M008>>.

5 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1442416246606&uri=CELEX:11997D/TXT>>.

6 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/AUTO/?uri=CELEX:12001C&qid=1442416373898&rid=1>>.

7 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/AUTO/?uri=CELEX:12007L/TXT&qid=1442416447275&rid=1>>.

tomadas pelo bloco têm supedâneo nos tratados aprovados voluntária e democraticamente por todos os países da união. Após negociação entre os Estados-Membros, há a ratificação pelos parlamentos nacionais dos países. Logo, servem os tratados para estabelecer os objetivos da UE, criação das instituições e correlatas regras de funcionamento, processos de tomadas de decisão e a forma como se dá o relacionamento entre a União e seus Estados componentes. Atualmente, a UE conta com 28 Estados-membros plenos, 3 países candidatos e mais 3 em negociação para ingresso⁸, totalizando 500 (quinhentos) milhões de habitantes.

À guisa de conclusão do presente tópico, importa salientar que a UE foi criada com o escopo principal, consoante já dito acima, de fortalecer a economia dos países membros. Mas não é só. Existe toda uma consciência voltada para a formação de uma unidade econômica, mas também social, política e jurídica entre os países membros, com medidas efetivas na redução das desigualdades socioeconômicas de suas regiões, livre circulação de bens, serviços, trabalhadores e capitais entre os países membros do bloco, garantia de políticas de imigração, cooperação jurídica e policial e melhora das condições de vida e trabalho dos europeus.

2 ESTRUTURA DA UNIÃO EUROPEIA

Vale lembrar que a União Europeia é um Estado de Direito baseado em instituições e, como tal, demandou a criação dos seguintes órgãos⁹: Parlamento Europeu, Comissão Europeia, Conselho Europeu, Conselho da União Europeia, Tribunal de Justiça da União Europeia (Tribunal Geral), Banco Central Europeu e Tribunal de Contas Europeu. Há ainda órgãos consultivos, como o Comitê Econômico e Social Europeu e o Comitê das Regiões, e órgãos diversos que não se constituem em instituições, como o Provedor de Justiça Europeu e a Autoridade Europeia para Proteção de Dados, além de uma gama variadas de agências.

Considerando a grande quantidade de instituições existentes, fato que aumentaria demasiadamente a extensão do presente trabalho, somado ao cotejo do tema com a desnecessidade de esmiuçar cada uma delas, reservaremos o estudo para delinear apenas a o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, o Conselho e a Comissão Europeia. Vejamos.

8 Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_da_Uni%C3%A3o_Europeia>. Acesso em: 13 ago. 2015.

9 *Como Funciona a União Europeia, Guia das Instituições da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2014. p. 2.

2.1 Parlamento Europeu

O Parlamento Europeu – PE é o único órgão da UE eleito diretamente pelos 500 (quinhentos) milhões de cidadãos que integram a comunidade europeia. Os 751 (setecentos e cinquenta e um) deputados dos 28 (vinte e oito) Estados-membros são eleitos em votações a cada 5 (cinco) anos por todos os cidadãos da UE com mais de 18 (dezoito) anos, excepcionando a Áustria, que permite o voto aos maiores de 16 (dezesseis) anos, totalizando um universo de 380 (trezentos e oitenta) milhões de eleitores. A quantidade de assentos é repartida pelos Estados-membros proporcionalmente à sua quota-parte na população total do bloco¹⁰.

A sede do Parlamento oficialmente está situada em Estrasburgo (França), embora a mencionada Instituição tenha outros dois locais de trabalho: Bruxelas e Luxemburgo. Via de regra, são realizadas 12 (doze) sessões plenárias em Estrasburgo por ano, podendo haver sessões plenárias adicionais em Bruxelas.

Sucintamente, o Parlamento desempenha um papel fundamental na eleição do Presidente da Comissão Europeia, exercendo competências orçamentárias, legislativas e de controle. Torna-se, pois, um exemplo único de democracia plurinacional e multilíngue realmente ativo no contexto mundial. O Guia das Instituições da União Europeia¹¹ explicita, com precisão, as três funções do PE, *in verbis*:

1. Partilha com o Conselho a competência para legislar – para aprovar a legislação. O fato de ser um órgão diretamente eleito pelos cidadãos garante a legitimidade democrática da legislação europeia;
2. Exerce um controle democrático sobre todas as instituições da UE, especialmente a Comissão. Tem poderes para aprovar ou rejeitar as nomeações do presidente e dos membros da Comissão, e tem o direito de adotar uma moção de censura da Comissão, enquanto um todo; e
3. Partilha com o Conselho a autoridade sobre orçamento da UE, o que significa que pode influenciar as despesas da União. No final do processo orçamentário, incumbe-lhe adotar ou rejeitar a totalidade do orçamento.

10 *O Parlamento Europeu: a voz dos cidadãos na União Europeia, um breve guia do Parlamento Europeu*. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2015. p. 2.

11 *Como Funciona a União Europeia, Guia das Instituições da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2014. p. 10.

Detendo as mencionadas competências orçamentárias, legislativas e de controle, percebe-se facilmente que o Parlamento Europeu é uma das mais importantes instituições da União Europeia ou, nas palavras do Presidente do Parlamento Martin Schulz, “*o coração da democracia da União Europeia*”¹².

2.2 Conselho europeu

O Conselho Europeu, assim como o Parlamento, possui grande importância para a constituição do funcionamento da União Europeia. Nele se reúnem, ao menos quatro vezes por ano, os chefes de Estado e de Governo dos Estados-membros, o presidente do Conselho Europeu e o presidente da Comissão Europeia, ou seja, os mais altos dirigentes políticos do Velho Continente. Por essa razão, suas reuniões são conhecidas como cimeiras.

A partir de um paralelismo com o Brasil, poder-se-ia dizer que o Parlamento representaria os cidadãos tal qual a Câmara dos Deputados, assim como o Conselho Europeu seria uma espécie de Senado a representar os Estados-membros (ou, no caso brasileiro, simplesmente Estados da República). Por óbvio, é uma comparação que se encerra na questão da representatividade, visto que as atribuições entre eles não são igualmente coincidentes.

As reuniões do Conselho Europeu, representando o mais alto nível de cooperação política entre os integrantes, são dotadas de elevado nível de importância, na medida em que os líderes consensualmente decidem a direção e as prioridades gerais da União. Ao definir os temas mais relevantes que as instâncias legislativas (Conselho de Ministros e Parlamento Europeu) serão chamadas a tratar, acabam por oferecer grande contribuição para o desenvolvimento do bloco. Tendo em vista desempenharem papel decisivo na vida das pessoas que vivem na UE, as reuniões do Conselho Europeu são acompanhadas com bastante atenção pela imprensa.

Após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o Conselho Europeu passou a ser uma instituição com vida própria ou, precisamente, uma instituição de pleno direito. Seus trabalhos são coordenados pelo seu presidente, o qual é eleito por um período de 2 anos e meio renovável por mais um período. O presidente do Conselho Europeu representa a União perante o resto do mundo, bem como, especificamente em conjunto com o alto representante da União para os Negócios Estrangeiros e Política de Segurança, representa o bloco no que concerne aos assuntos externos e de segurança.

Quando se refere ao Conselho Europeu, é muito comum haver uma confusão com outros órgãos com nomes semelhantes e competências totalmente

¹² *O Parlamento Europeu: a voz dos cidadãos na União Europeia, um breve guia do Parlamento Europeu.* Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2015. p. 1.

distintas. Nesse norte, insta frisar que o Conselho Europeu, o Conselho da Europa e o Conselho da União Europeia são diferentes entre si. Como já se tratou do Conselho Europeu e trataremos do Conselho da União Europeia abaixo, importa deixar registrado apenas que o Conselho da Europa não é uma instituição da UE, mas sim uma organização intergovernamental que se destina a velar pelos direitos humanos, pela democracia e pelo Estado de Direito.

2.3 Conselho Da União Europeia

O Conselho da União Europeia é formado por ministros dos Estados-membros da União Europeia que se reúnem para discutir os mais amplos assuntos de interesse do bloco de países, tomando decisões e elaborando legislações que impactam diretamente na vida dos cidadãos da UE e, indiretamente, na comunidade internacional. Assim, o objetivo das reuniões é discutir assuntos variados, chegar a um consenso, alterar e, por fim, adotar legislação; coordenar as políticas dos Estados-membros; e/ou definir a política externa da UE. Conforme o Tratado de Lisboa, a sede do Conselho é em Bruxelas, mas em abril, junho e outubro ocorrem reuniões em Luxemburgo.

Os representantes enviados por cada Estado-membro para participar das reuniões do Conselho estão diretamente relacionados às áreas em que estão afetos. Isso porque existem 10 (dez) diferentes composições do Conselho: a) assuntos externos, b) assuntos gerais, c) assuntos econômicos e financeiros, d) justiça e assuntos internos, e) emprego, política social, saúde e consumidores, f) competitividade (mercado interno, indústria, investigação e espaço), g) transportes, telecomunicações e energia, h) agricultura e pesca, i) ambiente e j) educação, juventude, cultura e desporto.

A legitimidade democrática do Conselho da União Europeia é assegurada na medida em que cada participante (ministro), com competência e legitimidade para vincular as decisões lá tomadas ao governo do seu respectivo país, é responsável perante as autoridades nacionais eleitas. Imprescindível destacar as 5 (cinco) responsabilidades essenciais da instituição em tela¹³:

1. Aprovar a legislação europeia. Na maioria dos domínios, legisla em conjunto com o Parlamento Europeu;
2. Coordenador as políticas dos Estados-membros, por exemplo, no plano econômico;

¹³ *Como Funciona a União Europeia, Guia das Instituições da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2014. p. 14.

3. Definir a Política Externa e de Segurança Comum da União Europeia, com base em diretrizes fixadas pelo Conselho Europeu;
4. Celebrar acordos internacionais entre a UE e um ou mais estados ou organizações internacionais; e
5. Adotar, conjuntamente com o Parlamento Europeu, o orçamento da União Europeia.

Percebe-se que o Conselho da União Europeia e o Parlamento Europeu atuam de forma bastante próximas, visto que ambas as instituições são necessárias para a criação da legislação e para a definição do orçamento do bloco. Na maioria dos casos, o Conselho somente pode legislar com fundamento em propostas apresentadas pela Comissão Europeia. Interessante anotar que, após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, os cidadãos passaram a ter iniciativa legislativa se conseguirem amearhar 1 (um) milhão de assinaturas.

2.4 Comissão Europeia Ou Comissão

A Comissão é a força que impulsiona o sistema institucional da União Europeia, constituindo uma instituição politicamente independente a representar e defender os interesses do bloco visto em seu conjunto. Em suma, excetuando matéria de política externa e de segurança comum, representa a UE no mundo, além de ser responsável pela execução das decisões do Parlamento Europeu e do Conselho.

Torna-se interessante clarificar que o termo “comissão” é comumente utilizado em dois sentidos: a) primeiramente, refere-se aos “membros da Comissão”, ou seja, aos indivíduos que dela participam e que são designados pelos países e pelo Parlamento para gerir a instituição e tomar as decisões que lhe competem; e b) em segundo lugar, o termo concerne à própria instituição e seus funcionários.

Os membros que compõem a Comissão são informalmente denominados de comissários. É de se perceber que, embora em sua maioria eles tenham exercido cargos políticos de elevada monta em seus países natais, estão obrigados a velar pelos interesses do bloco europeu, não podendo receber instruções dos governos nacionais. Assim como foi feito para as instituições supra, necessário enumerar as funções principais da Comissão¹⁴:

1. Apresentar propostas legislativas ao Parlamento e ao Conselho;

¹⁴ *Como Funciona a União Europeia, Guia das Instituições da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2014. p. 20.

2. Gerir e executar as políticas e o orçamento da UE;
3. Garantir a aplicação da legislação europeia (em conjunto com o Tribunal de Justiça);
4. Representar a União no mundo.

Eis, em síntese, as funções destas quatro instituições essenciais ao funcionamento da União Europeia.

3 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O TRATADO INTERNACIONAL

Uma vez ultrapassada a explanação sobre as razões históricas para a criação da União Europeia e delineadas as competências no que toca a suas principais instituições, passemos a examinar, brevemente, a forma como um acordo pode ser efetivado entre o citado bloco e o Brasil. Somente após, falaremos na questão específica da cooperação científica e tecnológica entre eles.

Rezek (1995) define o tratado como *todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos*¹⁵. Percebe-se, assim, que as eventuais parcerias estabelecidas entre Brasil e União Europeia seguem os procedimentos inerentes à elaboração de tratados.

O citado autor internacionalista complementa sua conceituação ensinando que o Tratado – *como o da lei ordinária numa ordem jurídica interna – é variável ao extremo, sendo que devido ao efeito compromissivo e cogente que visa a produzir, acaba por dar cobertura legal à sua própria substancia. Todavia, a referida substancia tanto pode dizer respeito à ciência jurídica quanto à produção de cereais ou à pesquisa mineral, bem como organizações internacionais serviço diplomático, sobre o mar, sobre a solução pacífica de litígios entre Estados*¹⁶.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969 na capital austríaca, e promulgada no Brasil por intermédio do Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009, e pelo Decreto Presidencial nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, define o tratado em seu item 1, alínea “a”, da seguinte forma:¹⁷

15 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público - curso elementar*. p.14.

16 *Ibid*, p.14/15

17 A íntegra da Convenção de Viena e do Decreto Presidencial. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/legislacao/convencao-de-venia-sobre-o-direito-dos-tratados-1/>>. Acesso em: 26 set. 2015.

1. Para os fins da presente Convenção:

a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica;

Conclui-se, portanto, que os tratados internacionais são atos firmados entre sujeitos de direito internacional com objetivo de estabelecer compromissos em determinadas áreas, as mais variadas possíveis e sem delimitação prévia, com regras e finalidades estabelecidas no próprio instrumento. Sobre os efeitos jurídicos dos tratados internacionais assevera Rezek (1995) que:

Efeitos Jurídicos. Reconhecendo que o acordo, à luz do léxico, pode significar mera sintonia entre pontos de vista, perceberemos que acordos existem, e se renovam, e se perfazem às centenas, a cada dia, entre os membros da comunidade internacional. Não convém negligenciar a possibilidade de se exprimirem formalmente acordos dessa natureza. Aí não haveria tratados, em razão da falta do *animus contrahendi*, ou seja, da vontade de criar autênticos vínculos obrigacionais entre as partes pactuantes. A produção de efeitos de direito é essencial ao tratado, que não pode ser visto senão sua dupla qualidade de ato jurídico e de norma. O acordo formal entre Estados é o ato jurídico que produz a norma, e que, justamente por produzi-la, desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional.¹⁸

Um elemento importante a ser destacado quando se aborda o tema Tratados Internacionais, e descrito no final do item 1.a da Convenção de Viena, refere-se à nomenclatura destes instrumentos jurídicos firmados entre Estados, Organizações Internacionais e pessoas e instituições com capacidade para tanto, estes últimos sujeitos internacionais surgidos em decorrência da complexidade e heterogeneidade do mundo contemporâneo.

Neste ponto, conforme muito bem demonstra Rezek (1995) a análise de experiência convencional brasileira ilustra, quase que à exaustão, as variantes terminológicas de tratado, possuindo uso no vernáculo, com inúmeros verbetes, tais como: *acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento*¹⁹. Vale destacar que todos estes

18 REZEK, 1995. p. 18-19.

19 REZEK, 1995. p. 16-17

termos são de uso livre e aleatório, valendo mais a essência do instrumento a ser firmado pelas partes do que o nome que irá receber.

Constata-se que há uma certa informalidade quanto se trata da nomenclatura dos tratados internacionais, sendo, na maioria das vezes, irrelevante o *nomen iuris*²⁰ adotado, pois os conteúdos, institutos e direitos que surgem em decorrência do que foi acordado em mútuo entendimento entre os agentes internacionais deve prevalecer frente a aspectos meramente formais.

Os sujeitos de direito internacionais, portanto, possuem liberdade para escolher o conteúdo do que será acordado, podendo disciplinar e regular qualquer tema que as partes tenham interesse ou intenção em aderir em momento oportuno. E esta liberdade não se encontra adstrita ao conteúdo, mas também na forma, uma vez que as partes signatárias não necessitam utilizar um rótulo rígido e específico para nomear cada tipo de instrumento a ser assinado, possuindo um rol de opções de nomenclaturas para personificar o ato, todos eles indiferentes no que tange ao cumprimento das regras estabelecidas e na execução do que foi acordado.

A adoção de um tratado de direito internacional obedece a fases distintas e independentes²¹, algumas realizadas no cenário internacional, atuando o Presidente da República como Chefe de Estado, e outras no plano jurídico interno, atuando instâncias políticas no sentido de garantir existência e eficácia ao ato internacional firmado pelo representante da nação²².

Inicialmente, no direito pátrio, a manifestação de vontade ocorre com a celebração do ato em si pelo Presidente da República, nos termos do art. 84, VIII, da Carga Magna, adiante colacionado²³:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

20 Em livre tradução, o nome de direito que recebe determinado ato, fato, elemento ou instituição.

21 O art. 11, da Convenção de Viena, preconiza que: “O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim for acordado”.

22 Celso Albuquerque de Mello de forma analítica faz as seguintes considerações acerca do processo de elaboração dos tratados: “O tratado internacional, no seu processo de conclusão, atravessa diversas fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Cada uma dessas fases possui normas próprias e características específicas. E completa que em sentido estrito, os tratados possuem uma conclusão mediata com as seguintes fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, registro e publicação, e existe neles uma unidade de instrumento jurídico.” MELLO, Celso Albuquerque de. *Direito internacional Público*. p. 108.

23 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/Constituicao/Constituicao.htm>..

Posteriormente, o Poder Legislativo participa da formação da vontade administrativa a partir da emissão de decreto legislativo, quando então, segundo o art. 49, I, da CF, caberá ao Congresso Nacional “*resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*”²⁴. Ato posterior, o Presidente da República atua novamente, mas desta vez por Decreto Presidencial e finaliza a fase de promulgação do tratado com a sua publicação no Diário Oficial da União. O Ministério de Relações Exteriores assim descreve esta fase:

A validade e executoriedade do ato internacional no ordenamento interno brasileiro dá-se através de sua promulgação. Publicado o Decreto Legislativo que aprovou o ato internacional, cabe ao Executivo promulgá-lo, por decreto assinado pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores. Esse decreto é acompanhado de cópia do texto e publicado no Diário Oficial da União. O ato internacional que dispensou a aprovação congressual, é objeto apenas de publicação. Sendo a promulgação um ato de direito interno, sua ocorrência não se confunde com a entrada em vigor do acordo, que se dá no plano do Direito Internacional Público.²⁵

A fase de promulgação constitui-se, portanto, por atos políticos de natureza interna comprobatórios que o Estado confirma a existência do tratado em seu ordenamento jurídico interno e ordena sua execução. Hidelbrando Accioly e Casella (2009) descrevem a promulgação do tratado como:

o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão, e; além disto, ordena sua execução dentro dos limites aos quais se estende a competência estatal.²⁶

Mesmo superadas as fases anteriores, via de regra, para ter vigência internacional devem os tratados serem ratificados pelo Chefe de Estado. Nessa linha, cabe trazer ao lume a definição de ratificação por importantes doutrinadores:

Ratificação é o ato administrativo mediante o qual o chefe de estado confirma tratado firmado em seu nome ou em nome do estado, declarando aceito

Ibid.

25 Texto explicativo do MRE acerca da “Tramitação dos Atos Internacionais”. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/apresentacao/tramitacao-dos-atos-internacionais/>>. Acesso em: 26 set. 2015.

26 ACCIOLY, Hildebrando e outro. *Manual de direito internacional público*. p. 32.

o que foi convencionado pelo agente signatário. Geralmente, só ocorre a ratificação depois que o tratado foi aprovado pelo Parlamento, a exemplo do que ocorre no Brasil, onde essa faculdade é do Congresso Nacional.²⁷

Após realizados todos estes procedimentos os tratados internacionais encontram-se aptos a produzir seus efeitos tanto no ordenamento jurídico interno do Estado signatário quanto no campo do direito internacional.

4 ACORDO DE COOPERAÇÃO CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA ENTRE A COMUNIDADE EUROPEIA E A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

4.1 Histórico

Na década de 90 do século passado, Brasil e União Europeia intensificaram tratativas para estreitar laços e constituir instrumentos jurídicos internacionais com escopo na mútua colaboração em várias áreas, dentre elas a ciência, tecnologia e inovação - CT&I.

Como marco destas tratativas, em 29 de junho de 1992, foi celebrado um Acordo-Quadro de Cooperação²⁸ versando sobre temas considerados relevantes pelas partes, tais como comércio, investimento, finanças, entre outros, abrangendo também especificamente a ciência, a tecnologia e a propriedade intelectual²⁹.

O referido Acordo-quadro revelou-se como um acordo de terceira geração de direitos e trazia em si a exteriorização de duas novas realidades: (i) a recém redemocratização do Estado Brasileiro, após um período de vinte anos de um regime autoritário e (ii) a novel estrutura supra estatal da União Europeia, agindo como um ente que converge interesses de Países unidos em prol de interesses comuns e como Pessoa Jurídica de Direito Internacional. Sobre o acordo, Marcelo Medeiros e Natália Leitão (2009) traçam a seguinte análise:

Uma de suas características capitais é a inclusão, por um lado, da cláusula democrática, a qual condiciona a parceria institucional ao respeito dos princípios políticos pluralistas e dos direitos humanos e, por outro lado, da cláusula evolutiva, que permite às partes ampliar as áreas de aplicação do

27 Ibid. p. 167.

28 Inteiro teor disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1992/b_23_2011-10-14-15-30-13/>. Acesso em: 9 set. 2015.

29 Sobre o tema "O Tratado de Maastricht, que criou a União Europeia (UE), descortinou as possibilidades para a celebração, em 29 de junho de 1992, do Acordo-Quadro de Cooperação entre a Comunidade Europeia e a República Federativa em 10 de novembro de 1995. Suas disposições abrangiam a cooperação em diversos níveis, e destinavam fomentar, em especial, o comércio, os investimentos, as finanças e a tecnologia. Em específico, a cooperação se fundava nas searas econômica, científica e tecnológica e engloba setores como energia, transportes, mineração, telecomunicações, turismo, meio ambiente, agricultura saúde pública, democracia, combate às drogas, informação e cultura." SILVA, Karine de Souza. *A parceria estratégica entre o Brasil e a União Europeia*: convergências e divergências da agenda bilateral. p. 4.

acordo sem a necessidade de renegociá-lo integralmente. Sem embargo, para regimes políticos recém saídos de experiências autoritárias, esta condicionalidade contribui para a consolidação da democracia na América Latina, de forma geral e, no Brasil, de forma particular. Ainda, a flexibilidade introduzida pela cláusula evolutiva dos acordos de terceira geração oferece à CEE a possibilidade de adaptar os incrementos dos referidos acordos segundo o ritmo de amadurecimento político-econômico dos seus parceiros.³⁰

O Acordo-Quadro de Cooperação assinado em 1992, foi recepcionado em nosso ordenamento jurídico pátrio por intermédio do Decreto nº 1.721, de 28 de novembro de 1995³¹ e pode ser considerado como um marco em dois tópicos específicos: a) cooperação científica e tecnológica³² e b) desenvolvimento tecnológico e propriedade intelectual³³.

Todavia, no campo negocial e normativo, passou-se quase uma década para que as partes, que previram a mútua cooperação no campo científico e tecnológico, estreitassem seus vínculos e construíssem meios mais efetivos de concretizar os escopos idealizados no Acordo-quadro³⁴.

30 MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LEITÃO, Natália. *Bridge over trouble waters: Brasil entre o Mercosul e a União Europeia – Metamorfozes institucionais de uma relação assimétrica (1980-2008)*. p. 09.

31 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1721.htm. Acesso em 10/09/2015.

32 O Artigo 10 do do acordo-quadro possui a seguinte redação: “Artigo 10 -Cooperação Científica e Tecnológica - 1. Tendo em conta o seu interesse mútuo e os objetivos da sua política científica, as Partes Contratantes comprometem-se a desenvolver uma cooperação científica e técnica destinada, principalmente, a: - fortalecer os laços entre as comunidades científicas e tecnológicas; - fomentar o intercâmbio de pesquisadores; - favorecer a transferência de tecnologia com base no benefício mútuo; - desenvolver as relações entre os centros de pesquisa das duas Partes; - incentivar a invenção; - definir as relações de cooperação no domínio da ciência aplicada.

33 Similar ao item anterior: Artigo 12 - Desenvolvimento Tecnológico e Propriedade Intelectual - 1. Com o propósito de promover uma colaboração efetiva entre as empresas do Brasil e as da Comunidade em aspectos relativos à transferência tecnológica, concessão de licenças, co-investimentos e financiamento para capitais de risco, as Partes Contratantes concordam em: - identificar os ramos ou setores industriais em que se concentrará a cooperação, bem como os mecanismos destinados a fomentar uma cooperação industrial no campo da alta tecnologia; - cooperar a fim de possibilitar a mobilização de recursos financeiros para apoiar projetos conjuntos de empresas do Brasil e da Comunidade que tenham por objetivo a aplicação industrial de novos conhecimentos tecnológicos; - apoiar a formação de recursos humanos qualificados em áreas da pesquisa e do desenvolvimento tecnológicos; - fomentar a invenção (mediante o intercâmbio de informações sobre os programas que cada Parte promova para tal fim), o intercâmbio regular de experiências no que se refere utilização dos programas criados e a organização da estada temporária dos encarregados de tarefas de promoção da invenção em instituições do Brasil e da Comunidade.”

34 A Exposição de Motivos da apresentada pela Comissão Europeia na Proposta de Decisão do Conselho, de 27.06.2003, traçou as seguintes considerações: “Em 19 de Novembro de 2002, a CE e o Brasil assinaram em Bruxelas um Memorando de Entendimento sobre a Cooperação, que reflete as prioridades da cooperação bilateral CE-Brasil até ao final de 2006. Este Memorando incide em cinco domínios prioritários, nomeadamente a administração pública, a cooperação económica, o desenvolvimento social, a investigação, a tecnologia e o ambiente, de acordo com as linhas descritas no documento de estratégia por país, adoptado em Agosto de 2002.” Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003PC0381&rid=50>. Acesso em: 12 set. 2015

Na cidade de Brasília, capital do Brasil, em 19 de janeiro de 2004, foi firmado o Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica entre a Comunidade Europeia e a República Federativa do Brasil³⁵, podendo ser considerado o principal instrumento jurídico existente entre estas partes neste assunto (C&T) e que serve de suporte para subsidiar as ações e avenças a serem e que vem sendo concretizadas.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o Acordo de Cooperação foi aprovado pelo Congresso Nacional por intermédio do Decreto Legislativo nº 476, de 22 de novembro de 2006³⁶, e pelo Decreto Presidencial nº 6.112, de 10 de maio de 2007³⁷.

Na esfera do ordenamento jurídico europeu, o Conselho Europeu decidiu em 6 de junho de 2005, por intermédio da Decisão 2005/781/CE³⁸ e fundado no Parecer do Parlamento Europeu, de 28 de abril de 2005, aprovar o Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica entre a Comunidade Europeia e a República Federativa do Brasil, passando a ter eficácia perante os países europeus partícipes da União Europeia.

Em 10 de outubro de 2012, o Conselho Europeu renovou o Acordo por mais cinco anos³⁹, amparado pela Resolução Legislativa do Parlamento Europeu, de 13 de setembro de 2012⁴⁰.

Por fim, cumpre destacar que nos últimos anos foram firmados vários Acordo de Cooperação entre Brasil e a União Europeia nos campos econômicos, comerciais, transporte marítimo e aéreo, integração (passaporte e visto), demonstrando o interesse recíproco em estreitar suas relações internacionais⁴¹.

35 Inteiro teor disponível em [http://old.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:22005A1111\(01\):PT:NOT](http://old.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:22005A1111(01):PT:NOT). Acesso em: 12 set. 2015

36 Inteiro teor disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2006/decretolegislativo-476-22-novembro-2006-546920-exposicaoemotivos-61510-pl.html>. Acesso em 12/09/2015.

37 Inteiro teor disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6112.htm. Acesso em: 12 set. 2015.

38 Inteiro teor disponível em: http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e09b9633-f86b-49d1-9b1d-36c121239b5d.0016.02/DOC_1&format=HTML&lang=PT&parentUrn=CELEX:32005D0781. Acesso em: 11 set. 2015.

39 Inteiro teor disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012D0646&rid=3>. Acesso em: 11 set. 2015.

40 Inteiro teor disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012AP0337&rid=4>. Acesso em: 11 set. 2015.

41 Em 24/02/2015, na cidade de Bruxelas/Bélgica, ocorreu a VII Cúpula Brasil – EU, tendo sido apresentada, dentre outras, a seguinte conclusão: “*INOVAÇÃO – APROXIMANDO EMPRESAS E CENTROS DE PESQUISA – Com enfoque em empresas de networking e centros de pesquisa das duas partes, o Brasil e a União Europeia planejam executar as seguintes iniciativas: (i) promover a participação da CNI na plataforma Enterprise Europe Network (EEN); (ii) convidar, especialmente por meio da plataforma EEN, startups europeias para participarem das chamadas do programa “Startup Brazil”; (iii) estimular a cooperação entre “Startup Brazil” e “Startup Europe”; (iv) estimular a elaboração e a apresentação de projetos conjuntos de inovação no âmbito do Plano Inova Empresa do Brasil; (v) basear-se no sucesso das atuais Convocatórias Coordenadas (e.g. em TICs) para assegurar posteriormente uma cooperação direcionada, eficaz e*

No campo da C&T, foi firmado o “Acordo de Cooperação entre a Comunidade Europeia da Energia Atômica e o Governo da República Federativa do Brasil no domínio da investigação da energia de fusão”, em 15 de setembro de 2010⁴², o qual, além da pesquisa científica e tecnológica, prevê a troca de conhecimento entre as partes.

Este acordo possui um objeto específico, mas de extrema importância para o aprimoramento do conhecimento da humanidade como um todo, para o desenvolvimento de pesquisas atômicas e interação entre as partes, fundada na mútua colaboração, com possibilidade de receberem pesquisadores em suas unidades nacionais de C&TI, trocarem informações e formarem grupos de pesquisa.

4.2 Elementos Essenciais Do Acordo

O Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica entre a Comunidade Europeia e a República Federativa do Brasil é um documento objetivo e conciso, contendo 12 (doze) artigos e apresenta as diretrizes essenciais que devem fundamentar as relações entre as partes no campo que dispõe.

No Artigo II do acordo são traçados alguns conceitos básicos sobre os objetos a serem pactuados e que possuem grande valia na hermenêutica tanto desta avença como das vindouras que as partes resolvam firmar. Eis os termos do referido artigo:

- a) “Atividade de cooperação”, qualquer atividade exercida ou apoiada pelas Partes no âmbito do presente Acordo, incluindo investigação conjunta;
- b) “Informações”, dados científicos ou técnicos, resultados ou métodos de investigação e desenvolvimento decorrentes da investigação conjunta e quaisquer outros dados que os participantes e, se for o caso, as próprias Partes, considerem necessários para as atividades de cooperação;

estratégica. Além disso, será dada uma ênfase especial na promoção do H2020 – que está aberto à participação de empresas de qualquer lugar do mundo – no Brasil, como o único novo programa que conjuga pesquisa em todas as formas de inovação, cobrindo toda a cadeia de geração de valor.” Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2337:documentos-assinados-por-ocasio-da-vii-cupula-brasil-uniao-europeia-bruxelas-24-de-fevereiro-de-2014&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280. Acesso em: 12 set. 2015.

42 O artigo 1º deste do acordo de investigação da energia nuclear prescreve o seguinte objetivo: “O *objectivo do presente Acordo é intensificar a cooperação entre as Partes nos domínios abrangidos pelos respectivos programas de fusão, com base no princípio do interesse mútuo e da reciprocidade geral, a fim de desenvolver os conhecimentos científicos e a capacidade tecnológica subjacentes a um sistema baseado na energia de fusão*”. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22010A0915\(02\)&rid=10](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22010A0915(02)&rid=10). Acesso em: 11 set. 2015.

c) “Propriedade intelectual”, o conceito definido no Artigo 2o da Convenção que instituiu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, assinada em Estocolmo, Suécia, em 14 de julho de 1967;

d) “Investigação conjunta”, os projetos de investigação, desenvolvimento tecnológico e demonstração, implementados com ou sem o apoio financeiro de uma ou de ambas as Partes, que envolvam a colaboração entre participantes do Brasil e da Comunidade. Os “projetos de demonstração” são projetos destinados a comprovar a viabilidade de novas tecnologias com potenciais vantagens econômicas, mas que não possam ser comercializadas diretamente. As Partes manter-se-ão recíproca e regularmente informadas sobre as atividades consideradas de investigação conjunta ao abrigo do disposto no artigo VI;

e) “Participante” ou “entidade de investigação”, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, instituto de investigação ou qualquer entidade jurídica ou empresa, estabelecido no Brasil ou na Comunidade, envolvida em atividades de cooperação, incluindo as próprias Partes.

Pela leitura do dispositivo transcrito, pode-se concluir que os conceitos utilizados nas definições do acordo são amplas e permitem que as partes busquem adequar suas necessidades e anseios conforme a interação científica e tecnológica que pretendam firmar.

Além disso, como se trata de um campo dinâmico e complexo, onde não há como antever *a priori* quais são os objetos a serem pesquisados ou as áreas de interesse, principalmente em decorrência da constante evolução da ciência e fluxos mutáveis da política nacional e internacional, conceitos fixos e predeterminados acabariam por inviabilizar a efetividade do acordo.

Por tais razões, o Brasil e a UE optaram por utilizar conceitos abertos para que as próprias partes possam no futuro, ao concretizar os escopos originais deste Acordo de Cooperação, terem a liberdade e a possibilidade de escolher as formas mais adequadas e condizentes com a realidade contemporânea, atendendo aos anseios sociais, econômicos e da comunidade científica em consonância com o atual estágio do desenvolvimento científico e tecnológico.

Vale frisar ainda a inclusão de empresas como “participantes” do Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica, demonstrando que há uma preocupação das partes em integrar pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos como parceiras na busca pelo avanço científico e tecnológico, o que deságua no reconhecimento do interesse público também em atividades privadas.

Desta forma, busca-se integrar as empresas, tanto sob o ponto de vista financeiro como na capacitação pessoal e institucional, a somar esforços e unir forças com o Estado e o terceiro setor.

A busca pelo conhecimento e avanço do saber deve se constituir em um processo o mais inclusivo possível, evitando-se que pessoas, instituições ou organismos fiquem de fora por questões ideológicas ou jurídicas sem fundamento. Da forma como restou redigido, o Acordo abriu um leque de opções para que toda e qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, grupo de pessoas, constituídas ou não, com ou sem fins lucrativos, possam fazer parte e auxiliar neste mister que é universal.

De fato, pesquisas e descobertas nos campos científicos e tecnológicos representam um desenvolvimento da humanidade como um todo e não um fato restrito a etnias ou povos específicos, razão pela qual a inclusão de atores neste campo deve ser a mais abrangente possível, vencendo-se barreiras do preconceito, de ideologias e de visões sectárias.

Impende destacar a utilização de um termo não usual no direito brasileiro ou no linguajar científico pátrio. Trata-se da expressão *IDT*, que significa *Investigação Científica e Desenvolvimento Tecnológico*, como definido no Artigo IV do Acordo⁴³. Este termo, na verdade, é usual em acordos de cooperação internos, bilaterais e internacionais da União Europeia.

Interessante ainda observar que o termo acima mencionado traz em si dois significados implícitos e importantes, pois deixa registrado que a ciência está mais ligada com a pesquisa e a busca por conhecimento (campo investigatório), enquanto a tecnologia aproxima-se de processos de aplicação do saber (por isso, ligado ao desenvolvimento).

A crítica que se faz ao termo *IDT*⁴⁴, e ao Acordo em geral, é que deixou de contemplar o terceiro elemento essencial deste macro ramo do saber, que

43 A redação completa do Artigo IV do Acordo, que versa sobre as "Áreas das atividades de cooperação" é: "A cooperação, no âmbito do presente Acordo, pode abranger todos os setores de interesse mútuo em que ambas as Partes implementem ou apoiem atividades de investigação científica e desenvolvimento tecnológico (a seguir denominadas "IDT"), nos termos da alínea b) do no 3 do Artigo VI. Essas atividades devem ter por objetivo o avanço da ciência, o reforço da competitividade industrial e do desenvolvimento econômico e social, em particular nas seguintes áreas: biotecnologia; tecnologias da informação e das comunicações; bioinformática; espaço; microtecnologias e nanotecnologias; investigação de materiais; tecnologias limpas; gestão e uso sustentável dos recursos ambientais; biossegurança; saúde e medicina; aeronáutica; metrologia, normalização e avaliação de conformidade; e ciências humanas."

44 Na página eletrônica do Parlamento Europeu, consta a seguinte observação acerca da *IDT*: "A política europeia de investigação e desenvolvimento tecnológico (*IDT*) tem constituído um domínio importante da legislação europeia desde a instituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (*CECA*), em 1952, e da Comunidade Europeia da Energia Atômica (*Euratom*), em 1957. Os programas-quadro plurianuais de investigação de que dispomos hoje foram introduzidos pelo Ato Único Europeu. Em novembro de 2011, a Comissão propôs o programa-quadro subseqüente, «Horizonte 2020», como instrumento financeiro para a execução da «União da Inovação», uma iniciativa emblemática da estratégia «Europa 2020» destinada a assegurar a competitividade global da Europa. O novo programa da UE para a investigação e a inovação (2014-2020) faz parte das medidas tendentes a relançar o crescimento e a criação de postos de trabalho na Europa." Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuid=FTU_5.9.6.html. Acesso em: 10 set. 2015.

é a Inovação. Todavia, muito embora não tenha sido expressamente previsto no Acordo, diante de uma concepção mais ampla do campo científico e tecnológico, esta ausência de previsão não exclui a possibilidade das partes avançarem nesta seara, tanto que no Artigo IX⁴⁵ e no Anexo do Acordo há disposições sobre a Propriedade Intelectual, ou seja, de forma oblíqua a inovação encontra-se albergada neste tratado bilateral.

Em sequência, pode-se afirmar que a inovação vem ganhando importância cada vez maior nos contextos nacionais de desenvolvimento por agregar, além de valores científicos e tecnológicos, a possibilidade real e concreta de ganhos econômicos e sociais, pois, como seu sucedâneo direto, a inovação permite a constituição de patentes e royalties, instrumentos robustos na obtenção de recursos financeiros por pessoas, instituições acadêmicas, empresas e pelo próprio Estado, merecendo um esforço conjunto de todos esses agentes⁴⁶.

Cumpra ainda destacar que no Artigo III do Acordo foram estabelecidos os Princípios que devem fundar e nortear as relações jurídicas entre o Brasil e a União Europeia nas atividades a serem desenvolvidas, que são: (i) benefício mútuo baseado no equilíbrio global de vantagens; (ii) acesso recíproco às atividades de IDT realizadas pelas Partes; (iii) intercâmbio, em tempo útil, de informações que possam influenciar as atividades de cooperação e (iv) proteção adequada dos direitos de propriedade intelectual.

Constata-se que, fora a proteção aos direitos de propriedade intelectual, que como já dito traz em si implicitamente o elemento da inovação, o cerne do Acordo é a interação dinâmica, ética e de boa-fé entre as partes signatárias, garantindo a troca de informações e conhecimentos em equilíbrio com os interesses individuais de cada partícipe.

45 No Anexo do Acordo encontra-se a previsão de que as “partes concordam em informar-se, recíproca e oportunamente, de quaisquer Invenções ou outros trabalhos, produzidos sob a égide deste acordo, que possam gerar direitos de propriedade intelectual”, contendo cláusulas que tratam das atribuições de direitos e de informações confidenciais.

46 Brito Cruz (2004) em seus estudos constata que as empresas nacionais tradicionalmente não agregam em seus valores a busca pelo desenvolvimento científico e tecnológico, gerando uma baixa competitividade tecnológica no País e uma capacidade reduzida para transformar inovação em riqueza. Na conclusão de seu artigo, conclui que: “A análise apresentada sobre as atividades e investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento no Brasil permite concluir que além de haver poucos Cientistas e Engenheiros atuantes em P&D, há um percentual muito reduzido destes que trabalham, para empresas. Esta é uma das razões porque a competitividade tecnológica da empresa no Brasil é pequena, o que pode ser verificado através da contagem do número de patentes registradas com origem no Brasil nos Estados Unidos. O pequeno número de C&E, empresariais no Brasil se correlaciona com o reduzido investimento empresarial em P&D. Nesta conjuntura, o esforço feito pelo poder público para a formação de recursos humanos qualificados, que mesmo sofrendo discontinuidades não pode ser considerado pequeno, acaba por ter pouca efetividade em trazer benefícios econômicos e sociais. Ao mesmo tempo que a ciência brasileira tem avançado e obtido mais destaque internacional, a tecnologia não tem acompanhado esta evolução. Criticamos a concepção simplista de que a interação universidade-empresa poderá resolver a necessidade de tecnologia da empresa e a necessidade de financiamento da universidade, destacando que cada uma destas instituições tem culturas e missões que devem ser respeitadas. Mesmo assim a interação deve ser buscada pela contribuição que pode trazer à melhor educação dada pela universidade a seus estudantes, bem como para levar a cultura de valorização do conhecimento para a empresa.

Por fim, neste tópico, elucida-se um ponto essencial no Acordo que é a forma pela qual dar-se-á o financiamento das atividades, uma vez que, diante da constatação inequívoca de que sem recursos financeiros não há como pesquisar, esta previsão acaba por ser fundamental no Tratado. Eis o teor do Artigo VII:

ARTIGO VII

Financiamento

As atividades de cooperação estão sujeitas à disponibilidade dos fundos adequados, às leis e regulamentos, políticas e programas aplicáveis das Partes. Os custos incorridos pelos participantes nas atividades de cooperação não dão lugar, em princípio, à transferência de fundos de uma Parte para a outra.

A primeira parte do artigo supracitado enuncia uma questão básica na atual ordem econômica mundial que é relação direta existente entre as previsões normativas e a existência de recursos financeiros para concretizá-las.

O termo utilizado no Acordo foi “*fundos*”, o qual possui mais utilização no Direito Português e, no nosso, poderia gerar distorção, tendo em vista os institutos dos fundos criados por Lei para finalidades específicas. Entretanto, para evitar contradições hermenêuticas, deve-se deixar registrado que *fundos*, em uma interpretação sistemática do texto do Acordo, configura-se como os recursos financeiros que serão utilizados entre as partes para alcançar as finalidades avançadas.

Assim, na sequência do artigo VII, as partes asseveram que, a princípio, cada qual arcará com seus custos próprios, podendo haver, por exemplo, intercâmbio de cientistas com os devidos pagamentos laborais e de deslocamentos, cabendo a cada membro custear por si estas despesas conforme seu interesse. Todavia, à regra descrita foi expressamente prevista uma exceção, ou seja, que eventualmente poderá uma parte transferir fundos à outra.

Desta forma, dependendo do caso concreto e dos interesses envolvidos, há possibilidade tanto do Brasil como da União Europeia transferirem recursos um para o outro, arcando, portanto, com despesas de bolsas, custeio e capital, uma vez que não houve limitação ao tipo de recurso a ser transferido.

Portanto, nos termos do Acordo de Cooperação que fundamenta as relações jurídicas internacionais entre Brasil e União Europeia no campo da ciência e da tecnologia, podem as partes transferir recursos para pagar bolsas de estudo e pesquisa, despesas correntes das pesquisas, bem como construir e montar laboratórios a partir da compra de equipamentos e insumos.

4.3 Efeitos Concretos

Uma preocupação comum em todo e qualquer instrumento negocial e que não poderia ser diferente nos tratados internacionais situa-se na vindoura verificação e constatação de eficácia dos termos firmados na avença. De fato, muitos acordos não se concretizam, passando a fazer parte na história como um mero amontoado de papel que continha objetivos e intenções, mas que, por razões diversas, acaba se tornando letra morta.⁴⁷

É neste sentido que se busca averiguar se o Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica entre a Comunidade Europeia e a República Federativa do Brasil produziu frutos e possui potencial para dar efetividade na relação estabelecida entre as partes.

A seguir, portanto, serão apontados os principais instrumentos que foram construídos ao longo dos anos com base no Acordo e que se mostram como meios aptos e eficientes a dar concretude ao intercâmbio científico e tecnológico Brasil-UE.

Neste sentido, em 2010, foi lançado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia (à época ainda sem termo Inovação incorporado à sua nomenclatura⁴⁸) e pelo Conselho Nacional do Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, o Edital MCT/CNPq N° 066/2010, que instituiu Programa de Cooperação Brasil—União Europeia na Área de Tecnologias da Informação e Comunicação – TIC

O objetivo do Edital era selecionar propostas para apoio financeiro a projetos que visem *contribuir com o desenvolvimento científico e tecnológico do País, no segmento de Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs*. Neste intuito, criou-se a possibilidade da *criação de uma expressiva infraestrutura de pesquisa e desenvolvimento, laboratorial e de recursos humanos que permita o uso eficaz de tecnologias de ponta, com eficiência e competitividade internacional em todos os setores de nossa sociedade*⁴⁹.

O Edital MCT/CNPq N° 066/2010 possuía cinco linhas temáticas: microeletrônica/microsistemas, controle e monitoramento em rede Internet

47 Esta preocupação com a efetividade dos tratados é antiga. Cançado Trindade, assim transcreve o "Relato do ex-Ministro das Relações Exteriores, Quintino Bocayuva, sobre a Questão de Limites entre Brasil e Argen una e a Insustentabilidade dos Tratados do Passado, publicado no jornal O Paiz, no Rio de Janeiro, em 24 de dezembro de 1891: Em matéria de jurisprudência internacional, os tratados são efetivamente ou seres vivos e animados ou cadáveres inertes. Vivos se são vigentes e obrigatórios nas suas estipulações; cadáveres se por nulos e já não tendo existência real, apenas podem figurar nos arquivos ou repositórios das chancelarias, como documentos sem valor jurídico, embora conservando o seu valor histórico." Trindade, Antônio Augusto Cançado. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público. (Período 1889-1898)*. p. 64.

48 Originalmente, o Decreto nº 91.146, de 15 de março de 1985 criou o Ministério de Ciência e Tecnologia – MCT. Contudo, a Lei nº 12.545, de 14 de dezembro de 2011, atualizou o nome da pasta às necessidades atuais, passando a incluir a inovação em sua nomenclatura, ou seja, Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação – MCTI.

49 O Edital completo encontra-se no endereço eletrônico: <http://resultado.cnpq.br/1596293970538188>. Acesso em: 23 set. 2015.

do futuro – instalações experimentais, internet do futuro – segurança e infraestruturas eletrônicas; possuindo previsão orçamentária para despesas com bolsas, capital e custeio. Foram selecionados cinco projetos que em 2015 já se encontram encerrados ou em fase de prestação de contas: (i) BEMO-COFRA: *Brazil-Europe MONitoring and CONtrol FRamework*, coordenado pela Profa. Dra. Judith Kelner (UFPE); (ii) SecFuNet Project: *Security for Future Networks*, coordenado pelo Prof. Dr. Djamel Fawzi Hadj Sadok (UFPE); (iii) PodiTrodiBR: Plataforma tecnológica para diagnóstico no Ponto-de-atendimento para doenças tropicais, coordenado pelo Prof. Dr. Jacobus Willibrordus Swart (CTI); (iv) FIBRE: Experimentação no Futuro da Internet entre BRasil e Europa, coordenado por Antonio Jorge Gomes Abelém (UFPA) e EU-Brazil Open Bio: *EU-Brazil Open Data and Cloud Computing e-Infrastructure for Biodiversity-BR*, coordenado pelo Prof. Dr. Vanderlei Perez Canhos (UNICAMP)⁵⁰.

Em 2012, o programa foi relançado por intermédio da Chamada MCTI/CNPq nº 13/2012-TICS⁵¹ com 4 linhas temáticas: computação em nuvem para a ciência, tecnologias sustentáveis para uma sociedade mais inteligente, serviços e aplicações inteligentes para uma sociedade mais Inteligente e aplicações e serviços de TV híbridos de transmissão e de banda larga. Foram aprovados os seguintes projetos: (i) EUBrazilCC (490115/2013-6), coordenado pelo Prof. Dr. Francisco Vilar Brasileiro (UFMG); (ii) IMPReSS (490075/2013-4), coordenado pelo Prof. Dr. Djamel Fawzi Hadj Sadok (UFPE); (iii) RESCUER-BR (490084/2013-3), coordenado pelo Prof. Dr. Manoel Gomes de Mendonça Neto (UFBA); e (iv) GLOBAL ITV (490088/2013-9), coordenado pelo Prof. Dr. Marcelo Knörich Zuffo (USP)⁵².

Na modalidade de Projetos de Gestão em C&T financiados pela UE, destaca-se, dentre outros, o Projeto B.BICE+ (*Brazilian Bureau to enhance the Bilateral Cooperation between Brazil and Europe*)⁵³ que tem por objetivo promover parcerias duradouras entre os parceiros brasileiros e europeus na promoção de redes de pesquisa para inovação e no compartilhamento dos resultados científicos com vistas a aumentar o impacto da cooperação em C,T&I.

O B.BICE+ foi idealizado e vem sendo executado em três linhas básicas de ação: i) coordenação entre a UE e seus Estados-Membros em relação às políticas e programas em C,T&I destinados ao Brasil; ii) ampliação do conhecimento das comunidades em C,T&I do Brasil e UE sobre os programas europeus e

50 Dados extraídos da Nota Técnica formulada em março de 2015 pela equipe da Coordenação de Países Desenvolvidos, da Coordenação-Geral de Cooperação Internacional, da Diretoria de Cooperação Institucional do CNPq- CODES/CGCIN/DGTI/CNPq, p. 2

51 O Edital complete encontra-se no endereço eletrônico: resultado.cnpq.br/5275925983965290.

52 CNPq, op. cit., p. 3.

53 Informações sobre o programa encontram-se na página oficial elaborada especificamente para tal finalidade. Site: [site <http://www.b-bice-plus.eu/>](http://www.b-bice-plus.eu/).

brasileiros, articulando a cooperação em pesquisa e inovação; iii) apoiar o diálogo político em C,T&I entre as partes, favorecendo a implementação de diretrizes, no sentido de obter benefícios mútuos e reciprocidade nesta cooperação⁵⁴.

Por fim, como modalidades de cooperações bilaterais, destacam-se os Acordos de Cooperação firmados com o *Joint Research Centre* – JRC e com o *European Research Council* – ERC.

Em 24 de janeiro de 2013, foi assinado o *Arranjo de Cooperação* entre o MCTI e o *Joint Research Center*⁵⁵, instituição da Comissão Europeia que tem por finalidade *financiar cientistas para gerar pesquisas no intuito de fornecer independência científica e apoio às políticas da UE, considerado o serviço de ciência interno da Comissão*.⁵⁶

No ano seguinte, por intermédio da Portaria de Delegação nº 273, de 06 de março de 2014, o MCTI conferiu ao CNPq a implementação do artigo 2.1.5, que prevê o intercâmbio de pesquisadores e treinamento no âmbito do Programa Ciências sem Fronteiras. Nos termos do Plano de Trabalho CNPq - JRC, foram previstas (e se encontram em execução) 40 bolsistas em nível de Pós-Doutorado por ano aos laboratórios do JRC, nas áreas de Ciências Agrárias, Energia, Meio Ambiente, Nanotecnologia e Segurança da Informação, sendo os pesquisadores alocados nos institutos da própria instituição na Bélgica (Geel), Alemanha (Karlsruhe), Itália (Ispra), Espanha (Sevilha) e Holanda (Petten). (CNPq, 2014)⁵⁷

Por derradeiro, cabe destacar os acordos firmados entre instituições brasileiras e o ERC – *European Research Council* (Conselho Europeu de Pesquisa), órgão criado em 2006 pelo Conselho da União Europeia⁵⁸ que possui como missão *promover uma investigação de máxima qualidade na Europa mediante o financiamento competitivo e respaldar as investigações de vanguarda em todos os campos, com base na excelência científica*.⁵⁹

54 CNPq, op. cit., p. 3/4

55 Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=3297&catid=42&Itemid=280&lang=pt-BR>. Acesso em: 23 set. 2015.

56 Livre tradução do texto encontrado na página eletrônica da instituição: “*The Joint Research Centre (JRC) is the European Commission’s in-house science service which employs scientists to carry out research in order to provide independent scientific advice and support to EU policy*”. Há ainda o seguinte complemento: “*As the Commission’s in-house science service, the Joint Research Centre’s mission is to provide EU policies with independent, evidence-based scientific and technical support throughout the whole policy cycle. Its work has a direct impact on the lives of citizens by contributing with its research outcomes to a healthy and safe environment, secure energy supplies, sustainable mobility and consumer health and safety*”. Disponível em: <https://ec.europa.eu/jrc/>. Acesso em: 23 set. 2015.

57 CNPq, op. cit, p. 5.

58 O ato que o Conselho da União Europeia aprovou programas de pesquisa para os anos 2007-2013, foi assinado em Bruxelas, em 18 de dezembro de 2006, e se encontra no site: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressData/en/misc/92236.pdf. Acesso em: 23 set. 2015.

59 Livre tradução do texto: “*La misión del ERC es promover una investigación de la máxima calidad en Europa mediante la financiación competitiva y respaldar las investigaciones de vanguardia iniciadas por los propios investigadores en todos los campos de investigación, con arreglo al criterio de la excelencia científica*.” Disponível em: <http://erc.europa.eu>. Acesso em: 23 set. 2015.

Neste ponto, merece destaque os atos firmados em 2014 entre o CNPq e o ERC prevendo a oferta anual de 15 bolsas PDE (Pós-Doutorado no Exterior), cujo financiamento ficaria a cargo do CNPq, dentro de limites pré-estabelecidos, com eventuais complementações financeiras exigidas pelas pesquisas selecionadas pelo ERC, em paridade com o fomento já dispensado a seus bolsistas regulares. O recebimento e a avaliação das propostas brasileiras correrão a cargo do CNPq, ficando o ERC responsável por obter, junto aos laboratórios associados, as cartas de aceite endereçadas aos selecionados. (CNPq, 2014)⁶⁰

5 CONCLUSÃO

O Brasil e a União Europeia possuem um histórico de interesses comuns em diversas áreas e, com o passar dos anos, firmaram, e continuam a firmar, Tratados Internacionais para estreitar seus laços e buscar atingir os objetivos previstos nestes instrumentos jurídicos de Direito Público Internacional mediante a mútua colaboração. Dentro deste universo de atos, destacam-se os acordos internacionais e suas respectivas ações que vem sendo desenvolvidos no campo da ciência, tecnologia e inovação.

Mister se faz elucidar ao leitor, sobretudo o brasileiro, que a figura de um bloco econômico, social, político e jurídico hoje constituído e conhecido como União Europeia, decorreu de um processo evolutivo com destaque para uma sucessão de Tratados multilaterais entre os países europeus que levaram à formação desta figura transnacional.

A *União Europeia* - UE, em 2015 com 28 (vinte e oito) Estados-membros, composta internamente por órgãos criados para gerir e dar funcionamento à estrutura comum europeia, com destaque para (i) o Parlamento Europeu, composto por cidadãos europeus eleitos e funções orçamentárias, legislativas e de controle; (ii) o Conselho Europeu, composto pelos Chefes de Estados dos países signatários e com funções executivas (seu Presidente representa a EU); (iii) o Conselho da EU, composto por ministros dos Estados-membros para tratar de assuntos específicos, tomar decisões e aplicar a legislação; e (iv) a Comissão Europeia, ou simplesmente Comissão, que é uma instituição independente e defende os interesses conjuntos do bloco, sendo responsável pela execução das decisões do Parlamento e Conselho da EU.

A União Europeia constituída passa a atuar no cenário internacional como um sujeito de direito internacional, garantindo-lhe o direito de firmar tratados internacionais que são acordos formais firmados entre estes sujeitos internacionais, visando produzir efeitos jurídicos entre as partes signatárias.

60 CNPq. Op. cit. p.5/6.

No Brasil, os tratados internacionais constituem-se como atos complexos, contando com a participação obrigatória de agentes *políticos para sua existência e eficácia*. O Presidente da República constitucionalmente é a autoridade competente para celebrar os acordos internacionais que dependerão de aprovação pelo Congresso Nacional (por Decreto Legislativo), com posterior promulgação do Presidente e subsequente publicação no Diário Oficial da União. Como ato administrativo internacional no sentido de confirmar este procedimento, há a figura da *ratificação*, na qual o chefe de Estado declara a aceitação interna do acordo.

Neste contexto, Brasil e União Europeia firmaram, de acordo com seus procedimentos internos próprios, em 1992, um Acordo-quadro de Cooperação estabelecendo diretrizes para a mútua colaboração e estreitamento de laços em setores como comércio, finanças, transporte, ciência, tecnologia, propriedade intelectual, dentre outros, e que serviu e serve de base para a celebração de vários outros tratados internacionais específicos nas respectivas áreas de interesse.

Como decorrência do Acordo-quadro, em 2004, na cidade de Brasília, foi firmado o Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica entre a Comunidade Europeia e a República Federativa do Brasil, caracterizando um marco nas relações internacionais entre as partes. Neste acordo, destaca-se que foram conceituados termos essenciais a serem utilizados na avença, aberta a possibilidade para que vários atores possam participar do desenvolvimento científico e tecnológico e traçados os princípios básicos que devem nortear as ações e atividades neste campo.

Destaca-se que no Acordo Científico e Tecnológico há previsão para que as partes se auxiliem, dentro de suas possibilidades financeiras e legais, com aplicação de recursos nas atividades de cooperação, inclusive com a possibilidade de transferência destes recursos entre si.

Importa frisar, por fim, que como decorrência do Acordo de 2004 inúmeras atividades foram realizadas, encontram-se em execução ou *estão previstas para ocorrer* nos próximos anos, como, por exemplo, o Programa de Cooperação Brasil-EU na área de Tecnologias de Informação e Comunicação- TICs (em 2006 e 2010), o Projeto B.BICE (com a criação de parcerias duradouras na pesquisa para inovação) e acordos bilaterais com o *Joint Research Center – JRC* e o *European Research Council – ERC*, demonstrando que o Acordo não virou letra morta e se encontra gerando efeitos concretos e auxiliando o desenvolvimento científico e tecnológico das partes signatárias deste importante tratado internacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo Borba; SILVA, G. E. do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ACORDO-QUADRO DE COOPERAÇÃO ENTRE A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA. Brasília, 29/06/1992. Disponível em: http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1992/b_23_2011-10-14-15-30-13/.

ACORDO DE COOPERAÇÃO ENTRE A COMUNIDADE EUROPEIA DA ENERGIA ATÔMICA E O GOVERNO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL NO DOMÍNIO DA INVESTIGAÇÃO DA ENERGIA DE FUSÃO. Brasília, 27/11/2009. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22010A0915\(02\)&rid=10](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22010A0915(02)&rid=10).

ACORDO DE COOPERAÇÃO CIENTÍFICA E TECNOLÓGICA ENTRE A COMUNIDADE EUROPEIA E A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília, 19/01/2004. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22005A1111\(01\)&rid=31](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22005A1111(01)&rid=31).

BRITO CRUZ, Carlos Henrique. A Universidade, a Empresa e a Pesquisa que o País precisa. *Revista Humanidades*, UnB, 1999.

CONSELHO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO – CNPq. *Nota Técnica formulada em março de 2015 pela equipe da Coordenação de Países Desenvolvidos da Coordenação-Geral de Cooperação Internacional da Diretoria de Cooperação Institucional do CNPq– CODES/CGCIN/DGTI/CNPq*. Brasília, 2015.

_____. *O Direito, a Ciência e a Tecnologia nos Anos 80*. Atas do Ciclo de Debates. Brasília: CNPq. Rio de Janeiro: UERJ, 1982.

CÚPULA BRASIL – UNIÃO EUROPÉIA. *Documentos assinados por ocasião da VII Cúpula Brasil – União Européia*. Bruxelas, 24 de fevereiro de 2014. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2337:documentos-assinados-por-ocasio-da-vii-cupula-brasil-uniao-europeia-bruxelas-24-de-fevereiro-de-2014&catid=42&lang=pt-BR&Itemid=280.

DELEGAÇÃO DA UNIÃO EUROPÉIA NO BRASIL. *O Brasil e a UE*. Disponível em: http://eeas.europa.eu/delegations/brazil/eu_brazil/index_pt.htm.

JOINT RESEARCH CENTRE. *The European Commission's in-house science service*. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/jrc>>. Acesso em: 23 set. 2015.

MEDEIROS, Marcelo de Almeida; LEITÃO, Natália. *Bridge over trouble waters: Brasil entre o Mercosul e a União Europeia – Metamorfoses institucionais de uma relação assimétrica (1980-2008)*. Paper apresentado no ABRI-ISA Joint International Meeting, na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 22/07/2009.

MELLO, Celso Albuquerque de. *Direito internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

UNIÃO EUROPEIA. *Como Funciona a União Europeia, Guia das Instituições da União Europeia*. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2014.

_____. *O Parlamento Europeu: a voz dos cidadãos na União Europeia, um breve guia do Parlamento Europeu*. Luxemburgo: Serviço de Publicações da União Europeia, 2015.

PARLAMENTO EUROPEU. *Política de investigação e desenvolvimento tecnológico*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.9.6.html>.

_____. *Decisão do Conselho de 10 de outubro de 2012 relativa à renovação do Acordo de Cooperação Científica e Tecnológica entre a Comunidade Europeia e a República Federativa do Brasil (2012/646/UE)*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012D0646&rid=3>>.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Karine de Souza. *A parceria estratégica entre o Brasil e a União Europeia: convergências e divergências da agenda bilateral*. Disponível em: <<http://www.proceedings.scielo.br/pdf/enabri/n3v2/a46.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público. (Período 1889-1898)*. Ministério das Relações Exteriores. Brasília - 1988.

A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E O DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO

*THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE
RIGHT TO A FAIR TRIAL*

*Luiz Henrique Pandolfi Miranda
Procurador Federal*

*Luciano Medeiros de Andrade Bicalho
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípios que norteiam a jurisprudência da Corte Europeia; 2 O artigo 6º da convenção; 3 O direito a um julgamento justo na interpretação da cedh; 3.1 Direito de Ação; 3.2 Direito a Assistência Legal Gratuita; 3.3 Direito à Razoável Duração do Processo; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Apresenta brevemente a Corte Europeia de Direitos Humanos, tribunal internacional responsável por julgar causas propostas por qualquer pessoa que alegue violação à Convenção Europeia de Direitos Humanos por um dos seus Estados-parte. Discute os princípios que norteiam a jurisprudência da Corte, em especial o princípio da subsidiariedade e a doutrina da margem de apreciação, e bem assim alguns julgados que exemplificam a visão da Corte Europeia em relação ao direito a um julgamento justo, previsto no artigo 6, § 1, da Convenção. Analisa especialmente a interpretação da Corte Europeia em relação do direito de ação, a assistência legal gratuita; e à razoável duração do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Corte Europeia. Convenção Europeia. Justiça. Jurisprudência. Direito Internacional. Margem de Apreciação. Princípio da Subsidiariedade. Direito a um Julgamento Justo.

ABSTRACT: It presents briefly the European Court of Human Rights, international tribunal responsible for judging cases applied by any person claiming violation of the European Convention on Human Rights by State parties. Discusses the principles that guide the Court's jurisprudence, in particular the principle of subsidiarity and the doctrine of margin of appreciation, and as well as some judgments that exemplify the view of the European Court concerning the right to a fair trial under Article 6, § 1 of the Convention. Especially analyzes the interpretation of the European Court regarding the right of action, free legal assistance, and the reasonable duration of the process.

KEYWORD: Human Rights. European Court. European Convention. Justice. Jurisprudence. International Law. Margin of Appreciation. Principle of Subsidiarity. Right to a Fair Trial.

INTRODUÇÃO

Neste artigo irei discutir brevemente o sentido e o alcance que a Corte Europeia de Direitos Humanos tem dado ao direito previsto no artigo 6, § 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que prevê o direito a um julgamento justo em processos civis.

Antes de adentrar o tema, entretanto, convém traçar algumas linhas gerais sobre as origens e o desenvolvimento da Corte, informações que certamente ajudarão o leitor a se familiarizar com a jurisprudência daquela Tribunal.

A criação da Corte Europeia de Direitos Humanos foi inicialmente prevista no Título II da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (artigo 19 e seguintes), celebrada em Roma em 4 de novembro de 1950, pelos países membros do Conselho Europeu, organização internacional fundada em 5 de Maio de 1949, que visa promover a democracia e proteger os direitos humanos e o estado de direito no continente europeu.

Nos termos do seu artigo 59, a Convenção Europeia de Direitos Humanos entrou em vigor após a ratificação por dez países signatários, o que ocorreu em 3 de setembro de 1953. A Corte Europeia, entretanto, só veio a ser constituída em 1959, quando ocorreu a primeira eleição dos membros do Tribunal pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa, e, logo em seguida, sua primeira sessão (23 a 28 de fevereiro de 1959).

Responsável por assegurar o respeito dos compromissos que resultam da Convenção pelos estados partícipes, a Corte Europeia de Direitos Humanos funciona de forma permanente, composta por tantos juízes forem o número de Estados contratantes, e tem por competência o julgamento de causas propostas por estes Estados ou por pessoas físicas ou jurídicas, desde que relativas a questões de interpretação e de aplicação da Convenção ou de seus protocolos adicionais (artigos 19 e 20, e 32 a 34 da Convenção).

Após mais de 50 anos de funcionamento, o Tribunal já proferiu mais de dez mil sentenças¹, as quais tem força vinculante para os Estados-parte, que podem ser condenados a alterar a sua legislação e as suas práticas administrativas, ou mesmo a indenizar o prejudicado, se o direito interno do país que violou a Convenção não permitir uma reparação completa da violação (artigos 41 e 46 da Convenção).

O interessante de se estudar a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos é que, nas palavras de Flávia Piovesan, “dos sistemas regionais existentes, o europeu é o mais consolidado, amadurecido,

1 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *O Tribunal em Síntese*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_POR.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.

exercendo forte influência sobre os demais - os sistemas interamericano e africano”².

Ademais, convém ressaltar que o sistema de judicialização dos direitos humanos na Europa foi fortemente alterado com as inovações advindas do Protocolo n.º 11, que entrou em vigor em 1998, e fortaleceu a Corte, assegurando acesso direto a todo e qualquer indivíduo à sua jurisdição.

Em outras palavras, até a modificação introduzida em 1998, apenas Estados-parte e a Comissão Europeia de Direitos Humanos (composta por um número de membros igual ao número de Estados contratantes, sendo que os membros da Comissão são eleitos por seis anos pelo Comité de Ministros) podiam submeter casos à Corte.

Com a possibilidade de qualquer pessoa, física ou jurídica, acionar a jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos, o número de casos ampliou grandemente, já que hoje cerca 800 milhões pessoas tem acesso ao Tribunal³.

Um outro fato que influenciou fortemente a jurisprudência da Corte, e certamente representou um desafio para seus juízes, foi a incorporação dos países do Leste Europeu, o que fez com que o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos ganhasse em diversidade e heterogeneidade no tocante à tradição jurídica.

Vale ressaltar ainda que a Convenção Europeia de Direitos Humanos abrange essencialmente direitos civis e políticos, ou seja, não incorpora garantias relacionadas aos direitos sociais, econômicos e culturais, sobre os quais o consenso entre os diversos Estados-parte, especialmente na época da edição da Convenção (1950), ainda era rarefeito.

Feitas estas breves considerações, passarei a apresentar, também em linhas gerais, alguns princípios e vetores que vem norteando os julgamentos proferidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos, antes de adentrar na análise de alguns casos exemplares.

1 PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA

Ao longo do desenvolvimento de sua jurisprudência, duas ideias contribuíram de forma decisiva para o desenvolvimento da jurisprudência da Corte, quais sejam, a doutrina da margem de apreciação e o princípio da subsidiariedade.

² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99.

³ *Ibidem*, p. 111.

De fato, o princípio da subsidiariedade tem sido aplicado pela Corte Europeia no sentido de que sua atuação deve ser subsidiária em relação à instituições nacionais de proteção do direitos humanos, ou seja, de que são os Estados-parte que tem a obrigação primária de velar pelos direitos fundamentais inscritos na Convenção, e que a Corte Europeia deve atuar apenas em caso de a violação destes direitos não ser adequadamente endereça no âmbito do próprio Estado⁴.

Como corolário do princípio da subsidiariedade, a Corte Europeia tem se valido da doutrina da margem de apreciação para resolver casos em que não há um consenso na regulamentação ou aplicação de um direito fundamental, liberando o Estado-parte para regular da sua maneira este direito. Conforme discutido por Pablo Conteras⁵:

A expressão “margem de apreciação” é um termo técnico tomado de empréstimo pela Corte Europeia dos sistemas jurídicos nacionais. Segundo Macdonald, a expressão se origina do termo francês *margé d’appréciation*, usado pelo *Conseil d’Etat* francês. Outro comentarista contesta esta conclusão afirmando que o termo provém do “Direito Administrativo existente nas jurisdições civis” e, principalmente, a partir da teoria alemã da discricionariedade administrativa (*Ermessensspielraum*), embora tal teoria seja muito menos abrangente do que a doutrina da margem de apreciação.

A margem de apreciação tem sido definida como “a noção de que cada sociedade tem o direito de agir dentro de certa margem na resolução dos conflitos inerentes entre os direitos individuais e os interesses nacionais ou entre as diferentes convicções morais”. É uma criação jurisprudencial adotada pelo Corte Europeia que permite à Corte delegar aos órgãos nacionais a definição sobre a proteção dos direitos e os seus limites, mas ao mesmo tempo, mantém esses direitos sujeitos a supervisão internacional. Tem-se argumentado que a margem de apreciação é um dos veículos legais que equilibram o aspecto universal dos direitos humanos com as peculiaridades locais e domésticas de cada Estado (tradução nossa).

4 PIOVESAN, op. cit., p. 104.

5 CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights, International Law Commons*, v. 11, edição 1, outono de 2012. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1155&context=njihr>>. Acesso em: 22 set. 2015. p. 32.

Na aplicação da margem de apreciação, portanto, a Corte Europeia considera a diversidade de interpretação que os direitos fundamentais previstos na Convenção podem sofrer nos diferentes Estados-parte, e, percebendo que não há consenso nesta interpretação, decidir que não há violação à Convenção se o Estado-parte age dentro de certa margem tolerável.

A doutrina da margem de apreciação, que foi primeiramente invocada pela Corte Europeia em 1976, no caso *Handyside v. United Kingdom*⁶, pode ser criticada por representar uma salvaguarda para os países que compõe a Europa Ocidental, que são mais protegidos de decisões da Corte Europeia sobre o descumprimento dos direitos previstos na Convenção do que os países da Europa Oriental, já que os padrões de interpretação toleráveis pela Corte geralmente levam em consideração a tradição ocidental.

Além destes dois princípios (subsidiariedade e margem de apreciação), Flávia Piovesan destaca ainda alguns vetores interpretativos da Convenção que são considerados importante para a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos⁷:

- a) princípio da interpretação teleológica, segundo qual a Convenção deve ser interpretada conforme seus objetivos e propósitos, e de acordo com a boa-fé, à luz do seu contexto, consoante determina o art. 31 da Convenção de Viena;
- b) princípio da interpretação efetiva, o qual determina que a Corte deve interpretar a Convenção com a maior efetividade possível, isto é, que os direitos fundamentais ali expressos se traduzam em acesso efetivo e prático ao bem da vida garantido no texto;
- c) princípio da interpretação dinâmica e evolutiva, que estabelece a necessidade da Corte buscar considerar as alterações sociais, políticas e econômicas sofridas na Europa desde a edição da Convenção, de forma a não estancar a interpretação dos seus dispositivos, permitindo novas e mais abrangentes garantias em função da evolução do pensamento sobre os direitos humanos fundamentais;
- d) princípio da proporcionalidade, por meio do qual se busca equilibrar o interesse geral da comunidade e os direitos individuais, que por vezes exige uma análise dos meios empregados com vistas

6 CONTRERAS, op. cit., p. 34.

7 PIOVESAN, op. cit, p. 105-108.

a se alcançar determinado fim. Especialmente nos casos em que a própria Convenção permite a restrição de certos direitos, deve-se atentar para que esta restrição seja efetuada com uma finalidade legítima, sendo adequada e necessária.

Com estas noções gerais sobre o funcionamento da Corte Europeia de Direitos Humanos e a respeito das principais ideias e princípios que vem norteando sua jurisprudência, penso serão mais proveitosas as discussões travadas nos tópicos seguintes, nas quais se verá em breves comentários a direção adotada pela Corte na interpretação do artigo 6º da Convenção, que assegura o direito a um julgamento justo.

2 O ARTIGO 6º DA CONVENÇÃO

Antes de iniciar os comentários sobre a jurisprudência da Corte Europeia, convém tecer breves considerações sobre o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que estabelece o direito a um julgamento justo. Confira-se, primeiramente, a redação do dispositivo⁸:

ARTIGO 6º

Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Europeia de Direitos Humanos, versão em português, s/d. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

- a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
- b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
- c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
- d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
- e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

De início, convém ressaltar que neste estudo iremos nos concentrar no direito previsto no artigo 6º da Convenção Europeia no que concerne ao direito a um julgamento justo na esfera civil, ou seja, apenas no tocante ao quanto disciplinado no § 1 do referido dispositivo.

Isto não importa dizer que o artigo 6º, § 1, seja aplicável exclusivamente aos processos envolvendo particulares, já que a Corte considera como estando dentro do âmbito deste dispositivo processos que, no direito interno, estão sob a classificação de “Direito Público», desde que o resultado destes processos seja decisivo para os direitos e obrigações privadas, tais como a permissão para vender terras, ou o direito de posse e uso de um edifício religioso⁹.

Da mesma forma, o artigo 6º é aplicável também, por exemplo, a processos disciplinares perante conselho de classe, no qual o direito de exercer a profissão está em discussão¹⁰.

Por outro lado, a simples demonstração de que a disputa é “pecuniária” não é em si suficiente para atrair a aplicabilidade do artigo 6, § 1. Questões que são consideradas fora do âmbito do artigo 6º pela Corte Europeia, por exemplo, incluem processos tributários, já que a Corte entende que questões fiscais ainda fazem parte do núcleo duro de prerrogativas da autoridade

9 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Guide on Article 6: Right to a Fair Trial (civil limb), 2013. Disponível em <www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf>. Acesso em 28 set. 2015. p. 8.

10 Idem, p. 8.

pública, dada natureza pública da relação entre o contribuinte e o Estado, que é predominante¹¹.

Em resumo, onde houver um litígio que envolva direitos e obrigações civis, o artigo 6º, § 1, assegura à pessoa o direito de ter qualquer reclamação relativa aos seus direitos e obrigações apreciada perante uma corte ou tribunal. Desta forma, o artigo 6º, § 1º, equivale, de um lado, ao nosso direito de ação, previsto no art. 37, inciso XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Por outro lado, o artigo 6, § 1, da Convenção Europeia envolve também as garantias relacionadas à organização e composição do tribunal que apreciará a ação proposta, e bem assim sobre o desenvolvimento do processo, o que equivale ao nosso direito ao devido processo legal (Constituição Federal, art. 5º, inciso LIV).

Em suma, o dispositivo em análise estabelece requisitos mínimos no tocante à forma como será atendido o direito à ação nos Estados-parte da Convenção, constituindo um mínimo que pode ser considerando o direito a um “julgamento justo”¹².

3 O DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO NA INTERPRETAÇÃO DA CEDH

Feitas as considerações acima, buscarei explicitar agora alguns entendimentos adotados pela Corte Europeia no tocante à interpretação do artigo 6º, § 1, da Convenção, que certamente auxiliarão na compreensão da linha de pensamento adotada pela Corte ao longo do seu funcionamento.

Como dito na introdução deste artigo, o interesse em se conhecer a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos reside tanto no fato de se tratar do tribunal internacional de direitos humanos mais maduro e robusto em funcionamento, que por isso exerce influência nas demais cortes internacionais do gênero, quanto em razão de os direitos explicitados na Convenção Europeia de Direitos Humanos possuírem garantias equivalentes na maioria das constituições recentes, inclusive a brasileira, de maneira que a interpretação feita pela Corte Europeia pode ser do interesse mesmo daqueles que não trabalham diretamente com Direito Internacional.

Importa registrar, neste ponto, que a pesquisa sobre a jurisprudência da Corte Europeia para este artigo se orientou sobretudo de publicação

¹¹ Ibidem, p. 11.

¹² CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of Golder v. The United Kingdom. Processo n.º 4451/70, julgado em 21 de fevereiro de 1975. Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496>>. Acesso em 28 set. 2015, § 36.

constante da página eletrônica na Internet daquela instituição¹³, que apresenta uma visão geral de vários julgados aqui discutidos, o que tornou possível uma análise abrangente das decisões da Corte mesmo dentro dos estreitos limites deste trabalho.

Uma rápida olhada nos tópicos constantes da referida publicação já permite uma primeira visão sobre o direito a um julgamento justo na jurisprudência da Corte Europeia: o direito de acesso a um tribunal, que envolveria o direito de ação e o direito de ser assistido por um advogado; o direito de que os tribunais funcionem segundo certos requisitos institucionais, dos quais os mais importantes são o direito à independência e imparcialidade dos órgãos jurisdicionais; o direito ao devido processo legal, traduzido em certas garantias processuais, como o direito de ser ouvido e ter seus argumentos analisados e o direito à razoável duração do processo; compõe, em suma, o que Corte Europeia extrai do artigo 6º, § 1, da Convenção.

Neste artigo não será possível analisar todas estas vertentes do direito a um julgamento justo, mas buscarei pinçar alguns julgados relevantes que permitam tanto traçar um esboço da visão da Corte Europeia sobre o tema, quanto trazer contribuições para o debate destes diversos assuntos no direito brasileiro.

3.1 Direito de Ação

Em primeiro lugar, o direito a um julgamento justo, garantido pelo artigo 6º § 1, é interpretado pela Corte Europeia à luz do Estado de Direito, o que exige que os litigantes devam ter uma tutela jurisdicional efetiva que lhes permita fazer valer os seus direitos civis. De toda forma, a Corte Europeia reconhece que o direito de ação não é absoluto, podendo ser sujeito a limitações, as quais, entretanto, não podem limitar ou reduzir a ponto de a essência do direito ser prejudicada¹⁴.

Entre os aspectos que a Corte Europeia avalia que pode ser considerado um limite desarrazoado ao direito de ação, está, por exemplo, a existência de custas judiciais excessivas. Neste sentido a decisão proferida no caso *Weissman and others v. Romania*, julgado em 2006, que considerou excessiva as custas judiciais fixadas para o exercício do direito de ação pelo reclamante. Esta decisão é

13 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Guide on Article 6. Disponível em <www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf>. Acesso em 28 set. 2015.

14 Idem. *Case of Philis v. Greece*. Processo nº 12750/87; 13780/88; 14003/88, julgado em 27 de agosto de 1991. Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57681>>. Acesso em 28 set. 2015, § 59.

particularmente interessante porque a Corte utiliza para o julgamento do caso vários dos princípios discutidos no início deste artigo, em especial o princípio da proporcionalidade e a doutrina da margem de apreciação¹⁵:

35. [...] o Tribunal reitera que nunca descartou a possibilidade de que uma exigência financeira possa ser imposta ao direito de um indivíduo de acesso a um tribunal no interesse da administração da justiça.

36. Não obstante a margem de apreciação por parte do Estado nesta área, o Tribunal sublinha que a restrição de acesso a um tribunal só é compatível com o artigo 6 § 1 se perseguir um objetivo legítimo, e se houver um grau razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e aquele objetivo.

37. Em particular, tendo em conta o princípio de que a Convenção destina-se não a garantir direitos que são teóricos ou ilusórios, mas direitos que são práticos e eficazes, o Tribunal reitera que o montante das taxas, avaliada à luz das circunstâncias específicas de um determinado caso, incluindo a capacidade do candidato para pagá-los e a fase do processo em que tenha sido imposta essa restrição, são fatores que são relevantes para determinar se uma pessoa teve o seu direito de acesso a um tribunal assegurado, ou, tendo em conta o montante das taxas a pagar, a própria essência do direito de acesso a um tribunal tenha sido prejudica [...].

38. No caso em apreço, o Tribunal observa que a falta de pagamento da importância de EUR 323.264 resultou no cancelamento da ação [...].

39. O Tribunal observa ainda que o montante em questão, que é, sem dúvida, muito alto para qualquer litigante comum, não se justificava, quer pelas circunstâncias específicas do caso, que pela situação financeira dos candidatos; foi calculado com base em um percentual definido, nos termos da lei, da quantia em jogo no processo (tradução nossa).

15 Idem. Case of Weissman and others v. Romania. Processo nº 63945/00, julgado em 4 de maio de 2006. Disponível em < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75511>>. Acesso em 28 set. 2015.

Outro caso relevante em que a Corte Europeia entendeu que houve excesso de Estado-parte na fixação de limites para o direito de ação ocorreu no julgamento do caso *Cordova v. Italy*, em 2003¹⁶, no qual se apreciou requerimento de um promotor de justiça que investigava fatos envolvendo um senador da República da Itália, sendo que no curso da investigação o parlamentar enviou uma carta ao requerente, a qual teria ofendido sua honra e reputação.

No caso, a Justiça italiana negou o direito de ação do promotor de justiça com base na imunidade parlamentar do agressor, já que a Constituição Italiana, assim como a nossa (art. 53), prevê que os parlamentares são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

No julgamento do caso *Cordova v. Italy*, a Corte Europeia entendeu que a imunidade parlamentar não pode ser tomada no sentido de impor uma restrição desproporcional do direito de acesso a um tribunal tal como consagrado no artigo 6º, § 1.

Naquela ocasião, a Corte Europeia ressaltou que o direito de acesso a um tribunal, como parte inerente da garantia de um julgamento justo prevista no artigo 6º, § 1º, admite certa moderação, sendo um exemplo dessas limitações geralmente aceitas pelos Estados-parte a doutrina da imunidade parlamentar.

Neste contexto, a Corte lembrou que já havia decidido que a imunidade em relação a declarações feitas durante os debates parlamentares ocorridos nas câmaras legislativas, que visasse a proteção dos interesses do Parlamento como um todo, é compatível com a Convenção, citando, neste sentido, o caso *A. v. Reino Unido*, §§ 84-85).

No caso *Cordova v. Italy* a Corte Europeia observou, contudo, que as declarações do parlamentar, tendo sido feita em uma reunião eleitoral e, portanto, fora de uma câmara legislativa, não estavam relacionadas com o exercício das funções parlamentares em sentido estrito, e pareciam ser mais consistentes com uma desavença pessoal. Em tais circunstâncias, decidiu a Corte Europeia, não é compatível com o artigo 6º, § 1º, negar o acesso de alguém a um tribunal puramente sob a justificativa de que a disputa pode ser de natureza política ou relacionada com atividades políticas.

Por outro lado, a Corte Europeia entende que o direito a um julgamento justo envolve também a garantia de paridade de armas entre os litigantes, isto é, cada parte deve ter uma oportunidade

16 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of *Cordova v. Italy*. Processo nº 45649/99, julgado em 30 de janeiro de 2003. Disponível em < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60914> >. Acesso em 28 set. 2015.

razoável para apresentar o seu caso - incluindo as provas de suas alegações - em condições que não a coloquem em desvantagem substancial em relação a outra parte.

No caso *Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands*¹⁷, julgado em 1993, por exemplo, a Corte Europeia apreciou um requerimento de uma empresa que havia celebrado um contrato verbal com um banco, durante uma reunião em que estavam presentes apenas um representante de cada litigante. A Corte Europeia, neste caso, entendeu que houve violação do artigo 6º, § 1, da Convenção Europeia, porque no processo judicial onde se discutiu este contrato, o Tribunal local permitiu a oitiva apenas do representante do banco, negando a oitiva do representante da empresa requerente sob alegação de que esta testemunha se confundia com a empresa em si, o que infringia a lei processual holandesa, que vedava que uma das partes fosse ouvida como testemunha.

Tratando-se de uma testemunha chave, entretanto, a Corte Europeia entendeu que a regra processual não podia prevalecer diante do direito à paridade de armas, assegurado pelo artigo 6º, § 1, da Convenção.

Outros exemplos importantes de ofensa ao direito à paridade de armas podem se extraídos da jurisprudência da Corte Europeia¹⁸:

- Tempo para a prática de um ato processual é suspenso para uma das partes apenas;
- Apelação de uma das partes não foi notificada à outra parte, que, portanto, não tinha possibilidade de responder;
- Uma das partes tinha vantagens significativas em matéria de acesso a informações relevantes para o processo, ocupando uma posição dominante no processo, e exercendo uma influência considerável no que respeita à avaliação do Tribunal;
- Nos processos administrativos, as razões apresentadas pela autoridade administrativa eram muito sucintas e genéricas para permitir ao recorrente elaborar uma contestação

17 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of *Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands*. Processo nº 14448/88, julgado em 27 de outubro de 1983. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57850>>. Acesso em: 28 set. 2015.

18 Idem. *Guide on Article 6: Right to a Fair Trial (civil limb)*, 2013. Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015. p. 42-43.

fundamentada; e os tribunais se recusaram a permitir que o requerente apresentasse argumentos para sustentar seu direito de ação;

- A recusa de assistência legal gratuita para uma das partes privou esta da possibilidade de apresentar seu caso de forma eficaz perante o tribunal, em face um adversário com muito mais recursos.

3.2 Direito a Assistência Legal Gratuita

Um outro aspecto do direito a um julgamento justo que já foi objeto de debate na Corte Europeia de Direitos Humanos é o direito a assistência judiciária, ou seja, o direito de acesso um advogado custeado pelo Estado.

A corte Europeia já entendeu que o direito a assistência legal gratuita só é absoluta no tocante à jurisdição penal, já que a Convenção Europeia previu expressamente esta garantia no art. 6º, § 3, alínea “c”, e omitiu este direito em relação à jurisdição civil (§ 1). Neste sentido o que foi decidido no caso *Essaadi v. France*, em 2002¹⁹:

30. O Tribunal de Justiça sublinhou, liminarmente, que a Convenção não exige a concessão de assistência judiciária em todos os litígios em matéria civil. Na verdade, existe uma clara distinção entre os termos do artigo 6 § 3 c), que garante o direito à assistência jurídica gratuita em certas condições em processo penal, e as do artigo 6 § 1 que não se refere a assistência jurídica (tradução nossa).

Contudo, a Convenção visa salvaguardar direitos que são práticos e efetivos, no caso, o direito de acesso a um tribunal. Assim, o artigo 6, § 1, pode, por vezes, obrigar o Estado a proporcionar o apoio de um advogado, especialmente quando este apoio for essencial para o acesso efetivo a uma corte. Novamente importante recorrer a um julgado da Corte Europeia, caso *Airey v. Ireland*, de 1979²⁰:

19 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Case of *Essaadi v. France*. Processo nº 49384/99, julgado em 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-64724>>. Acesso em: 29 set. 2015.

20 *Idem*. Case of *Airey v. Ireland*. Processo nº 6289/73, julgado em 9 de outubro de 1979. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420>>. Acesso em: 29 set. 2015.

[...] a Corte Europeia concorda [...] que a Convenção não contém qualquer disposição sobre assistência legal nas disputas civis, já que o artigo 6 par. 3 (c) (art. 6-3-c) trata apenas de um processo penal. No entanto, apesar da falta de uma cláusula semelhante para os litígios civis, o artigo 6 par. 1 (art. 6-1) pode, por vezes, obrigar o Estado a proporcionar o apoio de um advogado, quando este apoio for essencial para o acesso efetivo a um tribunal, quer porque a representação legal é obrigatória, como é feito pelo direito interno de alguns Estados-aparte em vários tipos de litígio, quer em razão da complexidade do procedimento ou do caso (tradução nossa).

A questão de saber se o artigo 6º exige ou não a assistência legal gratuita a um litigante dependerá das circunstâncias específicas do caso, avaliando a corte fatores como²¹:

- A importância do que está em jogo no caso concreto;
- A complexidade do direito ou do procedimento;
- A capacidade do litigante de se representar no processo;
- A existência de uma obrigação legal de ser representado por um advogado;
- As circunstâncias financeiras do litigante;
- As perspectivas de sucesso no processo.

3.3 Direito à Razoável Duração do Processo

Por fim, penso que algumas palavras sobre o direito a razoável duração do processo como uma dimensão do direito a um julgamento justo, na visão da corte Europeia de Direitos Humanos, é um tema de interesse do leitor brasileiro.

A razoabilidade da duração do processo deve ser avaliada à luz dos seguintes critérios estabelecidos pela jurisprudência da Corte Europeia: a complexidade do caso, o comportamento do requerente e das autoridades

21 Idem. Guide on Article 6: Right to a Fair Trial (civil limb), 2013. Disponível em <www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf>. Acesso em 28 set. 2015. p. 17.

competentes, e bem assim a importância do objeto da ação para a parte ofendida (Comingersoll S.A. v. Portugal [GC]²², julgado em 2000).

Antes de comentar sobre cada um destes critérios, importante observar que a Corte Europeia entende que a razoabilidade da duração de um processo deve ser avaliada em cada caso de acordo com as circunstâncias particulares. Entretanto, por vezes, basta uma avaliação geral do tempo decorrido, independentemente das circunstâncias especiais do caso, para que a Corte declare ofensa ao artigo 6º, § 1, da Convenção Europeia.

É este o entendimento que se extrai, por exemplo, da leitura da decisão proferida no caso Comingersoll S.A. v. Portugal [GC]²³:

23. Por último e acima de tudo, à luz das circunstâncias do caso, que devem ser avaliadas como um todo, o Tribunal considera que um período de dezessete anos e cinco meses para uma decisão final [...] não pode ser razoável (tradução nossa).

De fato, segundo a jurisprudência da Corte Europeia²⁴, a totalidade da duração do processo deve ser levada em conta quando:

- Embora diferentes atrasos podem não ser considerados isoladamente a origem de qualquer problema, eles podem, quando vistos juntos e de forma cumulativa, resultar em um prazo desarrazoado;
- Um atraso durante uma fase específica do processo pode ser permitida, desde que a duração total do processo não seja excessiva.
- Longos períodos durante os quais o processo fica sobrestado, sem explicações, não são aceitáveis.

Feita esta observação, e retornando aos critérios extraídos da jurisprudência da Corte Europeia para se aferir a razoável duração do processo, importa asseverar que, com relação à complexidade do caso, a Corte entende que esta pode estar relacionada tanto com os fatos em

²² Idem. Case of Comingersoll S.A. v. Portugal [GC]. Processo nº 35382/97, julgado em 6 de abril de 2000. Disponível em < <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58562>>. Acesso em: 29 set. 2015.

²³ Ibidem, § 23.

²⁴ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Guide on Article 6: Right to a Fair Trial (civil limb), 2013. Disponível em < www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf>. Acesso em 28 set. 2015. p. 52

discussão quanto em relação à lei aplicável, ou seja, pode ser verificada, por exemplo, em razão do envolvimento de várias partes no caso ou em função da complexidade da instrução probatória.

Já em relação ao comportamento da recorrente, a Corte entende que os litigantes não tem a obrigação de cooperar ativamente com as autoridades judiciais, nem podem ser culpados por fazer pleno uso dos recursos disponíveis no sistema jurídico do Estado-parte. É o que se observa, por exemplo, da leitura do seguinte trecho da decisão proferida no caso *Erkner and Hofauer v. Austria*, de 1987²⁵:

Segundo o Governo, os requerentes fizeram o máximo para impedir ou atrasar uma decisão sobre o mérito, aproveitando todas as vias de recurso à sua disposição. Em particular, o Governo alegou que eles pecaram em recorrer diversas vezes a instâncias superiores, interrompendo assim o trabalho da autoridade hierarquicamente inferior.

A Corte não aceita tais argumentos.

Salienta, em primeiro lugar, que tem afirmado repetidamente que os requerentes não podem ser responsabilizados por fazer pleno uso dos recursos disponíveis ao abrigo da legislação nacional [...]. No caso em apreço, como a Comissão observou com razão, os recursos foram, sua maioria, providos pela instância superior [...] (tradução nossa).

Por outro lado, ao requerente que alegue excesso de prazo perante a Corte Europeia se exige que ele demonstre diligência na realização das etapas processuais que sejam de sua responsabilidade, abstenha-se de utilizar táticas protelatórias, e bem que assim que se valha das possibilidades oferecidas pela legislação nacional para encurtar o processo²⁶.

Em relação ao comportamento das autoridades envolvidas na apreciação e julgamento do processo judicial, relevante anotar que a Corte Europeia entende que atrasos provocados por qualquer autoridade pública, e não só autoridades judiciais, podem dar ensejo a violação ao

25 *Idem*. Case of *Erkner and Hofauer v. Austria*. Processo nº 9616/81, julgado em 23 abril de 1987. Disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57483>>. Acesso em 29 set. 2015.

26 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS . Case of *Unión Alimentaria Sanders S.A. v. Spain*. Processo nº 11681/85, julgado em 7 julho de 1989. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57618>>. Acesso em: 29 set. 2015.

artigo 6, § 1, da Convenção²⁷, inclusive quando para o julgamento da lide deva concorrer uma avaliação feita por perito, já que a responsabilidade pela preparação do caso recai sobre o juízo²⁸.

No mesmo sentido, uma vez que é responsabilidade dos Estados-parte organizar os seus sistemas legais, de modo a garantir o direito à obtenção de uma decisão judicial num prazo razoável, uma carga de trabalho excessiva dos servidores e juízes não é justificativa para excessiva duração dos processos judiciais²⁹.

Por fim, a Corte Europeia leva em consideração na avaliação da duração razoável do processo qual o objeto da causa, ou seja, há causas que exigem um tratamento mais expedito, sob pena de violação do artigo 6º, § 1, da Convenção. São exemplos de casos que a Corte Europeia entende que devam ser prioritários³⁰:

- Casos relativos a estado civil e a capacidade da pessoa;
- Casos de custódia de criança e relativos à responsabilidade e guarda dos filhos em relação aos pais;
- Litígios trabalhistas, seja relativo ao direito ao exercício de uma profissão, seja uma reclamação contra demissão, suspensão ou reintegração ao emprego;
- Litígios propostos por pessoa que sofre de uma doença incurável e tem a expectativa de vida reduzida.

4 CONCLUSÃO

Conforme explicitado ao longo deste artigo, o objetivo deste pequeno estudo foi mostrar a riqueza da interpretação do artigo 6º, § 1, da Convenção Europeia pela Corte Europeia de Direitos Humanos, importante tribunal internacional que exerce influência nas demais cortes de direitos humanos, e, por que não dizer, também em tribunais locais seja na Europa seja em outros países fora daquela região.

27 Idem. *Case of Martins Moreira v. Portugal*. Processo nº 11371/85, julgado em 26 outubro de 1988, § 60. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57535>>. Acesso em: 29 set. 2015.

28 Idem. *Case of Capuano v. Italy*. Processo nº 9381/81, julgado em 25 junho de 1987, §§ 30-31. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57458>>. Acesso em: 29 set. 2015

29 Idem, § 17.

30 Idem. *Guide on Article 6: Right to a Fair Trial (civil limb)*, 2013. Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015. p. 54-55.

Com a análise de alguns julgados proferidos pela Corte Europeia que envolveram a interpretação do direito a um julgamento justo, é possível perceber que o artigo 6º, § 1º, da Convenção na visão daquela Corte comporta tanto o direito de ação, quanto o direito ao devido processo legal, o direito à ampla defesa e ao contraditório, e o direito à razoável duração do processo, num louvável esforço de interpretação que visa dar concretude às disposições da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Por fim, foi possível compreender que a Corte Europeia vem interpretando a Convenção como instrumento em constante transformação, ou seja, segundo critérios cada vez mais abrangentes e contemporâneos, tudo no sentido de conferir efetividade e concretude às garantias ali previstas, e afastar, deste modo, a pecha que estes documentos por vezes tem de serem meros enunciados de boas intenções e direitos teóricos.

REFERÊNCIAS

CONTRERAS, Pablo. National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. *Northwestern Journal of International Human Rights, International Law Commons*, v. 11, edição 1, outono de 2012. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1155&context=njihr>. Acesso em: 22 set. 2015.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. versão em português, s/d. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.

_____. *Guide on Article 6: Right to a Fair Trial (civil limb)*, 2013. Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015. p. 8.

_____. *Hudoc Database*. Disponível em? <<http://hudoc.echr.coe.int>>. Acesso em: 29 set. 2015.

_____. *O Tribunal em Síntese*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_POR.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.

LETSAS, George. *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy*. 14 de março de 2012. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2021836>.

PAVONE, Tommaso. *The Past and Future Relationship of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights: A Functional Analysis*. 28 de maio de 2012. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2042867>. Acesso em 28 set. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIVRE CIRCULAÇÃO DE TRABALHADORES: DESAFIOS À APLICAÇÃO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

*CONSIDERATIONS ABOUT THE FREE MOVEMENT OF
WORKERS: THE CHALLENGE OF APPLYING EU LAW*

Manuelita Hermes Rosa Oliveira Filha

*Procuradora Federal na Procuradoria-Seccional Federal em Feira de Santana/Bahia
Mestranda em Sistemas Jurídicos Contemporâneos na Università degli Studi di Roma,
Tor Vergata. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico da Integração Europeia; 2 As Ampliações; 3 Mobilidade e Cidadania da União Europeia; 4 A efetivação da liberdade de circulação de trabalhadores; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: Este artigo tem como propósito analisar, brevemente, a livre circulação de trabalhadores na União Europeia, que é fundada na livre circulação de serviços, capital, bens e pessoas. Contudo, esta última tem sofrido restrições em algumas situações e casos. O tratamento assimétrico dado a essa liberdade pelos diferentes Estados-Membros levou a União Europeia a editar regras com o escopo de atingir o objetivo de estabelecer um real mercado de trabalho comum. A liberdade de circulação é conhecida como um pilar da União Europeia. O estudo examinará se e em que medida a mobilidade representa um positivo impacto na cidadania da União Europeia e quais iniciativas foram adotadas para a efetivação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional. Integração. União Europeia. Imigração Interna. Livre Circulação de Trabalhadores.

ABSTRACT: The purpose of this article is searching and understanding, briefly, the free movement of workers in European Union (EU), that has foundation in the free movement of services, capital, goods and persons. Notwithstanding, the last one has suffered restrictions in some situations and cases. The asymmetric treatment of this freedom among Member States led EU to edit rules in order to achieve the goal of establishing a real common labour market. Free mobility regime is known as an essential pillar of EU space. The study aims to know whether, and to what extent, the EU mobility represents a positive impact on its citizenship and the real measures adopted in order to achieve the legal implementation.

KEYWORDS: International Law. Integration. European Union Intra-Immigration. Free Movement of Workers.

INTRODUÇÃO

A evolução da União Europeia, inicialmente, teve o seu plano de integração baseado no substrato econômico para os países durante o período do pós-guerra, e, hodiernamente, revela uma mudança de paradigma ao priorizar a união na diversidade. Na verdade, embora de consolidação tardia, ideia de uma união de pessoas (plano humano) e não só de bens e mercadorias (plano econômico) já era parte do embrião da União Europeia.

O aprofundamento da união no aspecto humano tem como um dos pilares a livre circulação de trabalhadores, verdadeiro direito fundamental dos cidadãos da União Europeia.

A mera previsão da aludida liberdade fundamental, como costuma acontecer com os direitos fundamentais, não é suficiente para a sua promoção e efetivação e traz consigo diversos desafios a serem enfrentados pela União Europeia, mormente diante dos seus novos padrões de mobilidade e de cidadania.

O exame da problemática tratada reveste-se de importância no que tange à constatação da mais exitosa forma de integração de Estados já vista. Destarte, a curiosidade de analisar o caso concreto de integração europeia, sobretudo no que atine livre circulação de trabalhadores e suas implicações jurídicas desafiantes norteou a consecução do presente trabalho.

Inicialmente, serão tecidas breves considerações a respeito do histórico da integração europeia e seus antecedentes, com o fito de situar e contextualizar a gênese do fenômeno. A indicação das ampliações sofridas pela União Europeia serve de base para o ingresso no estudo do tema.

Além disso, serão examinados os novos padrões de mobilidade e de cidadania na Entidade.

Ato contínuo, proceder-se-á à demonstração dos reais desafios que a implementação da liberdade fundamental da livre circulação de trabalhadores cidadãos da UE tem a enfrentar, com foco em perspectivas atuais e aplicação prática.

1 HISTÓRICO DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA

A soberania, outrora entendida como poder absoluto e perpétuo, e o domínio econômico individualizado foram aspectos fundamentais para o desenvolvimento e consolidação dos estados europeus.

Paulo Borba Casella menciona *ideais vivificadores da ideia de ocidente e de civilização*, que seriam: a razão, que “exprimir-se-ia no legado helênico do logos, o método intelectual pelo qual se compreende a realidade; [...] o poder, estaria intimamente ligado à concepção estritamente pessoal da

relação do homem com a divindade, o legado judaico cristão; [...] o *suum cuique tribuere*, o elemento romano”¹.

No entanto, foram os embates entre os estados soberanos e a perda da hegemonia, e não os pontos em comum, que propugnaram pela integração europeia. Com efeito, no início do século XX, a Europa figurava como centro do mundo, a grande potência à época. Essa situação de hegemonia, contudo, não perdurou ao longo deste século.

A 2ª Grande Guerra foi o ponto fulcral a possibilitar a aproximação de alguns dos Estados europeus, que se conscientizaram de que, na nova conjuntura que se formava, o continente em exame não mais era o protagonista. Como ensina Eduardo Nunes Campos, “Da guerra resulta, certamente, um novo mundo, com características econômicas, políticas e militares distintas das que prevaleciam até então”².

Vera Lúcia Viegas Liquidato considera o período após a 2ª Grande Guerra como de afloramento das organizações internacionais e surgimento do Novíssimo Direito Internacional, como se depreende do excerto a seguir transcrito:

Portanto, nesse período de afloramento das Organizações Internacionais (período entre guerras e principalmente, após a 2ª GM), como consequência lógica dos desdobramentos históricos, estamos diante de um “Novo Direito Internacional”: o Direito Internacional Hodierno (Direito da “nova ordem internacional”), e com o fenômeno das organizações internacionais comunitárias (de integração, com órgãos supranacionais), ainda enquanto uma continuação da evolução inicial, surge o “Novíssimo Direito Internacional”: o Direito da Integração (Direito da “novíssima ordem internacional”).³

Ressalte-se, por oportuno, que a ideia de unificação não apareceu neste período, mas é acalentada, de acordo com a ponderação histórica de Ricardo Seitenfus, desde “a epopéia romana e a de Carlos Magno”⁴. A manutenção da paz, como motivação subjacente à busca da união, tampouco é uma novidade do século XX.

O citado autor segue explicando que, no século XIV, a propositura de formação de uma República Cristã, a defesa de criação de um Estado

1 CASELLA, Paulo Borba. *União Europeia: instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 2002. p. 64.

2 CAMPOS, Eduardo Nunes. *O lugar do cidadão nos processos de integração: o déficit social da Comunidade Europeia e do Mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.73.

3 VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia. **Direito Internacional Público e Direito da Integração: desafios atuais**. p. 69. In: CASELLA, Paulo Borba; VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia (coords). *Direito da Integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

4 SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 304.

européu que se utilizaria tão-somente de métodos pacíficos para a resolução dos conflitos e a elaboração de um projeto com vistas a fazer a paz permanecer entre os monarcas cristãos são fatores que evidenciam a finalidade pacificadora das imberbes investidas daquele século.

Merecem especial atenção os projetos de unidade elaborados por pensadores, tais como o de Kant e o do Abbé de St. Pierre. Este propôs uma santa aliança entre os Estados (dezoito soberanias cristãs), a fim de “encontrar meios práticos de resolver *sem Guerra* todas as controvérsias futuras entre eles, tornando assim perpétua a Paz”⁵. Kant, a seu turno, parte do trabalho do Abade e faz uma proposta de Paz Perpétua⁶.

Como concretização dos ideais dos pensadores⁷, houve uma tentativa de criação de uma federação. O Ministro francês das Relações Exteriores, Aristides Briand, realizou, na Sociedade das Nações, em 05 de setembro de 1929, o discurso que propunha a federação da União Europeia.

A formação do BENELUX, com a assinatura do acordo de união aduaneira entre Bélgica, Holanda e Luxemburgo em 1944, foi a efetivação de uma parcela da proposta integracionista.

Em 19 de setembro de 1946, Winston Churchill proferiu na Universidade de Zurique seu célebre discurso acerca da defesa da criação dos *Estados Unidos da Europa*. Nele, após exaltar as características, peculiaridades da Europa e o triste caminho trilhado pelo continente, Churchill sustenta a viabilidade de se criar “*a kind of United States of Europe*”. Sugere, dessarte, a união e recriação da família europeia, que deveria ser iniciada mediante a parceria entre França e Alemanha.

Em seguida, a formação do Conselho da Europa foi mais um sinal da ânsia pela ação conjunta verificada na Europa ocidental. Este Conselho

5 SAINT-PIERRE, Abbé de. (Charles Irinée Castel de Saint-Pierre). *Projeto para tornar Perpétua a Paz na Europa*. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de pesquisa de Relações Internacionais, 2003. p. 03.

6 A obra de Kant é explicada por Paulo Casella, que identifica quatro pontos principais na teoria kantiana: “(i) states basically leave their external relations in a state not yet regulated by law, or rather in a provisory legal condition; (ii) the state of nature is a state of war na a state of injustice [...]; (iii) such condition being unjust, States have the duty to leave such condition and establish a federation of states [...]; (iv) such federation does not constitute a sovereign power, originatins a Superstate above the constituent states [...].” (Vide CASELLA, Paulo Borba. Pax perpetua – a review of the concept from the perspective of economic integration, In: CASELLA, Paulo Borba (coord). *Dimensão internacional do direito: estudos em homenagem a G.E. do Nascimento e Silva*. São Paulo: LTr, 2000. p. 76.). Mais tarde, John Rawls, com uma visão contemporânea, parte da proposta kantiana e tece uma abordagem acerca de uma utopia realista consistente na sociedade de povos liberais (não necessariamente européia), baseada no pluralismo, na democracia, na justiça política e na liberdade, como o escopo de distribuir tipos de sucesso: “a conquista de justiça política e social para todos os seus cidadãos, assegurando suas liberdades básicas, a plenitude e a expressividade da cultura cívica, assim como bem-estar econômico decente de todo o seu povo” (Vide RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 58.).

7 Além de Kant e do Abbé de St. Pierre, também se debruçaram sobre o ideal de união da Europa Pierre Dubois, Victor Hugo, Auguste Comte e Saint Simon.

surgiu em 1947, sendo um importante órgão político de cooperação entre Estados com caráter democrático.

Foi sob a égide das consequências da 2ª guerra Mundial que a aspiração integracionista tornou-se robusta e se efetivou. O advento de duas novas potências, quais sejam, os Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, causou uma alteração da posição hegemônica da Europa na esfera internacional⁸. Este fato de natureza externa, aliado a um outro, de cunho interno, a saber, a existência de conflitos intraeuropeus, ensejou a implementação do movimento pró-união.

Foi relevante o papel dos Estados Unidos na reconstrução dos países despedaçados após o término da Guerra, por meio da implementação do Plano Marshall, advindo da Lei de Assistência Exterior, de 16 de abril de 1948, que estabeleceu a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE), cujo “objetivo fundamental era facilitar a distribuição da ajuda e contribuir para a cooperação econômica e para a liberalização das transações comerciais”⁹. Consoante assevera Eduardo Nunes Campos, o Plano Marshall:

[...] longe de ser uma ajuda desinteressada à recuperação do continente europeu, era uma ferramenta essencial na estratégia de disputa dos Estados Unidos pela hegemonia mundial, que seria assegurada não apenas através da expansão de seus mercados e da subordinação econômica que procurava impor à Europa, mas que exigia, de outro lado, circunscrever ao limite mínimo possível a influência comunista da União Soviética sobre a Europa ocidental.¹⁰

Desta forma, a dependência econômica dos Estados Unidos foi fundamental para tornar transparente a decadência do poderio europeu, que tornou imperiosa a articulação de uma política de reconciliação capaz de proporcionar a integração.

A construção europeia foi também fruto da constatação da insuficiência estatal para gerir e efetivar, de forma satisfatória, determinadas políticas. Chegou-se à conclusão de que apenas mediante o somatório de esforços de múltiplos países se conseguiria atingir finalidades que outrora eram decorrentes da atuação isolada do Estado. Neste sentido, os países

8 Consoante expõe Truyol y Serra: “En conjunto, la guerra de 1914-1918 tendría como consecuencia el desplazamiento de Europa como centro del mundo político-internacional; más aún, iniciaría el fin de la que cabe llamar ‘era europea’.” (Vide TRUYOL Y SERRA, Antonio. *La sociedad internacional*. Madrid: Alianza, 1993. p. 82.).

9 No original: “[...] Su objetivo fundamental era facilitar la distribución de la ayuda y contribuir a la cooperación económica y a la liberalización de las transacciones comerciales”. (cf. HORNERO, Antonio Calvo. *Organización de la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Román Areces, 1999. p.31.).

10 CAMPOS, op. cit. p. 74 e 75.

perceberam que a manutenção do hermetismo estatal proporcionaria um resultado deficiente ou, quiçá, nulo, na consecução dos objetivos visados.

Nesta linha de intelecção, foi necessária a transferência de algumas competências para um organismo externo e idôneo a assegurar a recuperação da expressão econômica do continente.

A multilateralidade e a ação em conjunto revelaram-se como formas adequadas a propiciar o êxito dos Estados na persecução de objetivos na seara internacional e, até mesmo, na esfera interna, mormente diante do fenômeno da globalização. A criação de organizações internacionais, ou seja, de formas de:

Associação voluntária entre Estados, constituída através de um tratado que prevê um aparelhamento institucional permanente e uma personalidade jurídica distinta dos estados que a compõem, com o objetivo de buscar interesses comuns, através da cooperação entre seus membros¹¹

permitiu a consagração de uma nova etapa da comunidade internacional, fortalecida após a 2^a Guerra Mundial. Nesta fase, como assevera Ricardo Seitenfus, “os Estados encontram no sistema das organizações internacionais condições que eles não dispunham caso mantivessem unicamente um relacionamento bilateral”¹².

Além dos fatores supramencionados, os imperativos do mundo globalizado também foram determinantes para a formação da União Europeia. A necessidade de crescimento econômico e de recrudescimento da coesão para criar uma forma de competitividade forte no plano internacional, sobretudo frente aos Estados Unidos, delineou uma outra faceta da integração europeia. Neste diapasão, o funcionalismo econômico, inserido no contexto da desnacionalização das economias nacionais, aliado ao liberalismo, também econômico, influenciou a obtenção desse escopo¹³.

A conjugação dos motivos elencados proporcionou a mobilização e a organização dos países fundadores (Bélgica, Luxemburgo, Holanda, República Federal da Alemanha, Itália e França), mediante o ideal

11 SEITENFUS, op. cit., p. 33. Clive Archer, a seu turno, define organização internacional como “a formal, continuous structure established by agreement between members (governmental and/or non-governmental) from two or more sovereign states with the aim of pursuing the common interest of membership”. (Vide ARCHER, Clive. *International Organizations*. London: Routledge, 1995. p. 37).

12 *Ibidem*, p. 26.

13 Neste sentido explica Raphael Peixoto de Paula Marques: “Como lembra Frank Pfetsch e a própria história, o entendimento que predominou foi o funcionalista, tendo assumido caráter oficial com a fundação, em 1961, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que sucedeu a Organização para a Cooperação Econômica Européia (OCEE), fundada em 16 de junho de 1948”. (MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Dilemas do constitucionalismo contemporâneo: é possível uma constituição para a União Européia?, In: *Revista da AGU*, ano V, nº 09, Brasília-DF, p. 39, 2006).

integracionista manifestado, com veemência, por Robert Schuman, Jean Monnet, Konrad Adenauer e Alcide de Gaspari.

Neste contexto, foi criada a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), instituída por meio do Tratado de Paris, firmado em 18 de abril de 1951, e composta por Bélgica, Alemanha Federal, Luxemburgo, França, Holanda e Itália.

Em continuidade ao projeto de aprofundamento das bases da cooperação europeia, em 25 de março de 1957, em Roma, os Estados-membros da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço firmaram os Tratados que criaram a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia de Energia Atômica (Euratom).

Os Tratados de Roma entraram em vigor em 1º de janeiro de 1958 e tiveram o desiderato de possibilitar a estruturação de uma união aduaneira, de uma política econômica comum, e o estabelecimento de um desenvolvimento pacífico das indústrias nucleares.

A Euratom consolidou o tripé europeu e proporcionou o desenvolvimento da energia nuclear na Europa Ocidental. Além de valer-se dos órgãos da CEE, possuía, ainda, a Comissão das Comunidades Europeias, um Comitê para Ciência e Tecnologia e um Comitê Econômico e Social. O acordo internacional que a constituiu estabeleceu o prazo de duração de dez anos, de forma que, em 1967, fora incorporada à Comunidade Econômica Europeia.

Além dos tratados constitutivos das três comunidades, houve, outrossim, a ratificação de tratados de revisão, a saber: o Ato Único Europeu (efetuou reformas nas três Comunidades), assinado em 17 e 28 de fevereiro de 1986, respectivamente, em Luxemburgo e em Haia, passando a vigorar em 1º de julho de 1987; o Tratado de Maastricht ou da União Europeia (TUE), assinado no dia 07 de fevereiro de 1992, em Maastricht, passando a vigorar a partir de 1º de novembro de 1993 e alterou a designação Comunidade Econômica Europeia para Comunidade Europeia; o Tratado de Amsterdam, assinado em 02 de outubro de 1997 e em vigor desde 1º de maio de 1999; o Tratado de Nice, que, após a assinatura em 26 de fevereiro de 2001, com entrada em vigor em 1º de fevereiro de 2003 e, após o malogro do Projeto de Tratado que instituiu uma Constituição para a Europa, foi assinado o Tratado de Lisboa em 13/12/2007, em vigor desde 01/12/2009.

2 AS AMPLIAÇÕES

Como já explanado, a iniciativa da integração foi levada a cabo pelos países componentes do BENELUX, em conjunto com França, Itália e República Federativa da Alemanha.

Posteriormente, o Reino Unido, ao lado da Dinamarca e da Irlanda, ingressou na Comunidade Econômica Europeia em 1º de janeiro de 1973 (o Ato de Adesão foi firmado em 22 de janeiro de 1972, em Bruxelas).

Já com nove membros, a CEE passou a analisar as propostas de adesão de mais três países: Grécia, Portugal e Espanha, que requereram o ingresso, respectivamente, em junho de 1975, em março e em julho de 1977. A Grécia efetivou a entrada em 01/01/1981, ao passo que os países da Península Ibérica, em 01/01/1986.

Rosa Júlia Plá Coelho esclarece o motivo do tardio ingresso desses três países: “[...] a Grécia, apesar de ter sido associada desde 1961, permaneceu com sua adesão congelada durante o período da “ditadura dos coronéis” (1967-1974) o mesmo óbice que retardou a adesão experimentada por Portugal, sob a “ditadura salazarista” (1926-1974) e pela Espanha, governada pelo general Francisco Franco (1938-1975)”¹⁴.

Cabe aduzir que, em 03 de outubro de 1990, houve uma peculiar espécie de ampliação, ocasionada pela fusão da República Democrática Alemã com a República Federal da Alemanha, embora o número de Estados-membros tenha se mantido inalterado. Como assevera Paulo Casella, houve: “aumento populacional de cerca de 16 milhões de habitantes, ampliação territorial equivalente a 108.000 km² e uma série de problemas”¹⁵.

A partir de 1º de janeiro de 1995, Suécia, Finlândia e Áustria passaram a compor a União.

A despeito do marcante conflito entre as tendências a *aprofundar a integração* e a de *aumentar o número de Estados-membros*, esta última vigorou e, outra vez, deu-se uma ampliação da União Europeia: a maior e mais polêmica. Trata-se do ingresso de dez países da Europa Central e Oriental (PECO's), a saber: Chipre, Estônia, Eslováquia, Eslovênia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia e República Tcheca.

Antonio Hornero¹⁶ indica quatro fatores que diferenciam esta ampliação das demais: o elevado número de participantes, a heterogeneidade das suas políticas, a diversidades econômicas e a diferença entre os sistemas sociais.

O começo formal das negociações foi em 31 de março de 1998. Já a assinatura do Tratado de Adesão foi feita em Atenas, em 16 de abril de 2002, e a conclusão das operações deu-se em Copenhague, no mesmo ano. O Tratado passou a vigorar a partir de 1º de maio de 2004, momento

14 COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos direitos fundamentais na União Europeia*. Brasília: OAB, 2005. p. 69.

15 CASELLA, op. cit., p. 170.

16 No original: “[...] esta ampliación va a ser muy diferente de las realizadas hasta ahora, debido a los siguientes factores: 1. el elevado número de países que desean incorporarse a la Unión, 2. la heterogeneidad de sus políticas, 3. la diversidad de sus economías, y 4. la diferencia de sus sistemas sociales. (Vide HORNERO, Antonio Calvo. *Organización de la Unión Europea*. Madrid: Centro de Estudios Román Arces, 1999. p. 69.).

em que dez novos membros passaram a compor a União Europeia, que, doravante, veio a possuir vinte e cinco Estados membros.

Apesar de a Bulgária, a Romênia e a Turquia também terem iniciado as negociações concomitantemente aos países recém-ingressos, a adesão dos dois primeiros foi aprovada pelo Parlamento Europeu e efetivada em 2007, ao passo que a entrada da Turquia ainda demandará maiores discussões até que se concretize.

Por derradeiro, em 2013 houve a entrada da Croácia na União Europeia.

3 MOBILIDADE E CIDADANIA DA UNIÃO EUROPEIA

À vista do seu histórico e dos seus vinte e oito Estados-membros, a União Europeia prevê no seu arcabouço jurídico a liberdade fundamental de livre circulação de trabalhadores e a cidadania da União Europeia, analisados a seguir.

A União Europeia, com o escopo de reforçar a união de pessoas e aprofundar a integração, instituiu a cidadania da União.

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁷ prevê a cidadania, nos seguintes termos:

Artigo 20.º (ex-artigo 17.º TCE)

1. É instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui.

2. Os cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos nos Tratados. Assistem-lhes, nomeadamente:

a) *O direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros;*

b) O direito de eleger e ser eleitos nas eleições para o Parlamento Europeu, bem como nas eleições municipais do Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado;

c) O direito de, no território de países terceiros em que o Estado-Membro de que são nacionais não se encontre representado, beneficiar da proteção das autoridades diplomáticas e consulares de qualquer Estado-Membro, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado;

¹⁷ União Europeia, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 2012.

d) O direito de dirigir petições ao Parlamento Europeu, o direito de recorrer ao Provedor de Justiça Europeu e o direito de se dirigir às instituições e aos órgãos consultivos da União numa das línguas dos Tratados e de obter uma resposta na mesma língua.

Estes direitos são exercidos nas condições e nos limites definidos pelos Tratados e pelas medidas adotadas para a sua aplicação.

Artigo 21.º (ex-artigo 18.º TCE)

1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação.

2. Se, para atingir esse objetivo, se revelar necessária uma ação da União sem que os Tratados tenham previsto poderes de ação para o efeito, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adotar disposições destinadas a facilitar o exercício dos direitos a que se refere o n.º 1.

3. Para os mesmos efeitos que os mencionados no n.º 1 e se para tal os Tratados não tiverem previsto poderes de ação, o Conselho, deliberando de acordo com um processo legislativo especial, pode adotar medidas respeitantes à segurança social ou à proteção social. O Conselho delibera por unanimidade, após consulta ao Parlamento Europeu.

(grifos da autora)

Como se depreende do artigo supratranscrito, um nacional de Estado-Membro passa a ter a *cidadania da União Europeia*, que acresce à estatal e permite o gozo de direitos e garantias, dentre os quais se ressalta, dada a pertinência temática com o estudo ora desenvolvido, o *direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros*.

Considerando os demais direitos previstos pelo Tratado, sobretudo o de votar e ser votado nas eleições para o Parlamento Europeu e nas municipais, pode-se até mesmo iniciar-se o delineamento de um povo europeu, nos limites da União Europeia, valendo-se dos conceitos classicamente construídos para aplicação no plano estatal. Para Paulo Bonavides:

a cidadania é a prova de identidade que mostra a relação ou vínculo do indivíduo com o Estado. É mediante essa relação que uma pessoa constitui fração ou parte de um povo.

[...]

Da cidadania, que é uma esfera de capacidade, derivam direitos, quais o direito de votar e ser votado (*status activae civitatis*) ou deveres [...]¹⁸.

Embora seja imprescindível fazer uma adaptação da doutrina às novas e desafiadoras conformações do Direito da Integração, que ultrapassam os modelos estatais e ampliam noções dantes aplicadas exclusivamente ao Estado-nação, trata-se simplesmente de aplicação do princípio democrático, como leciona o mesmo autor: O princípio democrático outra coisa não é, do ponto de vista político, senão a ingerência dos governados na obra de governo ou a organização de um sufrágio que faça essa ingerência mediante canais representativos¹⁹.

Marcelo Neves, por sua vez, menciona a expressão *povo constitucional europeu*:

[...] Não obstante, há fortes indícios de que a cada vez mais forte integração supranacional no contexto da União Europeia pode conduzir à consolidação de um povo constitucional europeu, muito heterogêneo e apto a determinar, de formas as mais diversas, os procedimentos políticos de decisão. Mediante a circulação e contracirculação de administração, governo, público e povo no plano europeu, há esboços da formação de uma racionalidade democrática supranacional em condições de vincular-se com a já consolidada racionalidade jurídica mediante uma Constituição transversal entre política interna e direito interno europeus²⁰.

Não se pode analisar o conceito de cidadania de forma apartada da sua inserção no âmbito da Democracia e da garantia dos direitos fundamentais, ainda que no plano supranacional da integração regional em análise.

Calha lembrar que, em 12 de dezembro de 2007, véspera da assinatura do Tratado de Lisboa, os presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão assinaram, em Estrasburgo, na França, a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais da União Europeia²¹, publicada em 14 de dezembro daquele ano.

Em realidade, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia havia sido previamente meramente declarada no Conselho Europeu

18 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 77.

19 *Ibidem*, p. 310.

20 NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 102-103.

21 União Europeia, Carta de Direitos Fundamentais, 2000.

realizado em Nice, no dia 07 de dezembro do ano 2000, mas sem efeito vinculante.

O Tratado de Lisboa²², no artigo 2.8.1, estatui que a União Europeia reconhece a Carta em apreço, que possui mesmo valor jurídico dos Tratados.

Blanca Rodríguez Ruiz afirma que:

Não há Constituição sem direitos fundamentais. Ou melhor, sem direitos fundamentais não há sistema jurídico constitucional, sistema cujo objetivo último é, precisamente, garantir uma série de direitos fundamentais²³.

Nesta linha de intelecção, a declaração de direitos fundamentais reforça a corrente que defende a real existência de uma constituição na UE, já que seria um dos elementos constitutivos de qualquer constituição, nos termos do que dispõe o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada em 26 de agosto de 1789: “XVI - Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”²⁴.

A ausência do inteiro teor da Carta, contudo, não desnatura o teor materialmente constitucional da previsão e garantia dos direitos fundamentais no seio da União Europeia e tampouco enfraquece a construção do arcabouço protetor de cidadania.

Vale mencionar, contudo, que o Reino Unido e a Polónia rejeitaram a adesão à Carta, razão pela qual obtiveram a sua derrogação, consoante foi especificado no Protocolo nº 30, relativo à aplicação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia ao Reino Unido e à Polónia²⁵. Mais tarde, o Conselho Europeu de 29 e 30 de outubro de 2009 apresentou

22 União Europeia, Tratado de Lisboa, 2007.

23 No original: “No hay Constitución sin derecho fundamentales. O mejor, sin derechos fundamentales no hay sistema jurídico-constitucional, sistema cuyo objetivo último es, precisamente, garantizar una serie de derechos fundamentales” (cf. RUIZ, Blanca Rodríguez. *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acuerdos y desacuerdos*. In: BOHÓRQUEZ, Rosário Leñero; CORONA, Esperanza Gómez; VEJA, Pablo Gutiérrez (coords.). *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa: Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005. p.179.).

24 Sobre a Declaração supramencionada, Ingo Wolfgang Sarlet assim assevera: A partir desta formulação paradigmática, estavam lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal-burguesa: a noção da limitação do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição forma, mas também elemento nuclear da Constituição material. Vide SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.69-70.

25 ARTIGO 1.º1.A Carta não alarga a faculdade do Tribunal de Justiça da União Europeia, ou de qualquer tribunal da Polónia ou do Reino Unido, de considerar que as leis, os regulamentos ou as disposições, práticas

suas conclusões e, como anexo, um Protocolo sobre a aplicação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia à República Tcheca.

Em relação aos demais países membros, a Carta possui efeito vinculante e não meramente declaratório, e se insere no que Gomes Canotilho denomina *quarto momento de conscientização dos direitos fundamentais*²⁶ na União Europeia. Há, assim, clara demonstração da mudança de paradigma – ao menos quanto aos Estados não abarcados pelo Protocolo nº 30 –, que deixa de se dedicar apenas aos assuntos econômicos, financeiros e monetários para se debruçar sobre os valores *indivisíveis e universais*.

A adoção da Carta de Direitos Fundamentais insere-se no contexto de *internacionalização dos direitos fundamentais*, cujas dimensões são explicadas por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins:

(a) riquíssima produção normativa internacional em prol dos direitos humanos (declarações, convenções, pactos, tratados etc.); (b) crescente interesse das organizações internacionais pelos direitos humanos e criação de organizações cuja principal finalidade é promovê-los e tutelá-los; (c) criação de mecanismos internacionais de fiscalização de possíveis violações e de responsabilização de Estados ou indivíduos que cometam tais violações; (d) intensa produção doutrinária em âmbito internacional, incluindo debates de cunho político e filosófico, assim como análises estritamente jurídicas de dogmática geral e especial.²⁷

ou acção administrativas destes países são incompatíveis com os direitos, as liberdades e os princípios fundamentais que nela são reafirmados.

2. Em especial, e para evitar dúvidas, nada no Título IV da Carta cria direitos susceptíveis de serem invocados perante os tribunais e que se apliquem à Polónia ou ao Reino Unido, excepto na medida em que estes países tenham previsto tais direitos na respectiva legislação nacional.

ARTIGO 2.º As disposições da Carta que façam referência às legislações e práticas nacionais só são aplicáveis à Polónia ou ao Reino Unido na medida em que os direitos ou princípios nelas consignados sejam reconhecidos na legislação ou nas práticas desses países.

26 Este autor distingue quatro fases de conscientização dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia. A primeira é marcada pela preocupação com a integração econômica, o que levou à existência de uma parcimônia em relação a esta espécie de direitos. A segunda é inaugurada o Ato Único Europeu (1986) e perdurou até o Tratado da União Europeia ou de Maastricht (1992) que “reforçou o compromisso da Europa comunitária com os direitos fundamentais ao consagrar uma norma expressa (e não apenas uma declaração preambular como no Acto Único Europeu) à vinculação da União pelos direitos fundamentais [...]”. A terceira fase, por sua vez, iniciou-se com o Tratado de Amsterdã (1997) que trouxe o estatuto da cidadania da União Europeia, enquanto a quarta é a preenchida pela ideia de dotar-se a UE de uma carta de direitos fundamentais (Vide CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 523 e 524).

27 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 40, 2007. Sobre o marco temporal da internacionalização dos direitos humanos, Flávia Piovesan ensina que “A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo.” (cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 116.)

A União Europeia, ao elaborar e declarar a sua própria Carta de Direitos Fundamentais e lhe conferir caráter vinculante, efetiva as dimensões supramencionadas.

Por derradeiro, ainda no que atine ao reforço da cidadania e dos direitos fundamentais, calha frisar que o artigo 6º do Tratado da União Europeia²⁸ reconhece a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – CEDH.

São duas situações que podem ser vislumbradas no que atine à proteção dos direitos fundamentais e a coexistência de duas jurisdições sobre a UE: uma situação de choque, conflito e insegurança normativa, de modo a enfraquecer a proteção dos direitos fundamentais ou uma solução de ampliação de proteção, ao inserir a União Europeia no locus político-jurídico da Convenção Europeia de Direitos Humanos, levando a uma simbiose de construções jurisprudenciais que reforcem e efetivamente garantam a proteção ao cidadão, posição defendida neste estudo.

Nesta linha de inteligência, o indivíduo – o cidadão da União Europeia – será melhor protegido, tendo à disposição dois sistemas de promoção e garantia dos direitos humanos no âmbito da União Europeia.

Sobre o conflito entre o direito interno e o direito supranacional na Itália, afirma Sabino Cassese:

Sono sempre più frequenti le questioni poste alla Corte costituzionale invocando il rispetto non solo delle norme costituzionali, ma anche di norme ultrastatali, siano esse comunitarie, siano esse della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Questo porta all'interno, nazionalizza il diritto non statale, ma, nello stesso tempo, sottopone il giudice costituzionale al rispetto delle decisioni dei giudici ultrastatali. Intreccio sempre più interessante, che certamente complica l'attività dei giudici

28 Artigo 6. O (ex-artigo 6. o TUE)

1. A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.

De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

Os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.

2. A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.

3. Do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.

nazionali, ma consente la massima espansione dei diritti, nonché la ricerca di sempre nuove vie e di sempre nuovi argomenti processuali²⁹.

Da cidadania da União Europeia deflui o direito fundamental e individual de circular e residir livremente no território dos Estados-Membros.

Trata-se de liberdade fundamental do mercado interno europeu que permite conferir uma maior coesão social.

Ocorre, porém, que a efetivação desta liberdade encontra-se em ponto subótimo, dadas as dificuldades decorrentes das complexidades normativas e administrativas.

4 A EFETIVAÇÃO DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE TRABALHADORES

À vista do suso exposto, considerando a origem econômica da União Europeia, que passou a priorizar o plano humano, para que seja uma união de pessoas; as variadas ampliações, que totalizam vinte e oito Estados-membros; a existência de uma cidadania da União Europeia, reforçada pela adoção de uma Carta de Direitos Fundamentais e pela adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos e a liberdade fundamental de livre trânsito de trabalhadores, insta averiguar como ocorre a efetivação desta liberdade e os desafios à sua plenitude.

Inicialmente, calha transcrever parte da previsão da livre circulação de trabalhadores no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia:

Art. 45º.(ex-artigo 39. o TCE)

1. A livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na União.
2. A livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho.
3. A livre circulação dos trabalhadores compreende, sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, o direito de:
 - a) Responder a ofertas de emprego efetivamente feitas;

²⁹ CASSESE, Sabino. *Dentro La Corte: Diario di un giudice costituzionale*. Bologna: Società editrice il Mulino, 2015. p. 253.

- b) Deslocar-se livremente, para o efeito, no território dos Estados-Membros;
- c) Residir num dos Estados-Membros a fim de nele exercer uma atividade laboral, em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais;
- d) Permanecer no território de um Estado-Membro depois de nele ter exercido uma atividade laboral, nas condições que serão objeto de regulamentos a estabelecer pela Comissão.

4. O disposto no presente artigo não é aplicável aos empregos na administração pública.

Artigo 46. o(ex-artigo 40. o TCE)

O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta do Comitê Econômico e Social, tomarão, por meio de diretivas ou de regulamentos, as medidas necessárias à realização da livre circulação dos trabalhadores, tal como se encontra definida no artigo anterior, designadamente:

- a) Assegurando uma colaboração estreita entre os serviços nacionais de emprego;
- b) Eliminando tanto os procedimentos e práticas administrativas, como os prazos de acesso aos empregos disponíveis, decorrentes, quer da legislação nacional, quer de acordos anteriormente concluídos entre os Estados-Membros, cuja manutenção constitua obstáculo à liberalização dos movimentos dos trabalhadores;
- c) Eliminando todos os prazos e outras restrições previstas, quer na legislação nacional quer em acordos anteriormente concluídos entre os Estados-Membros, que imponham aos trabalhadores dos outros Estados-Membros condições diferentes das que se aplicam aos trabalhadores nacionais quanto à livre escolha de um emprego;
- d) Criando mecanismos adequados a pôr em contacto as ofertas e pedidos de emprego e a facilitar o seu equilíbrio em condições tais que excluam riscos graves para o nível de vida e de emprego nas diversas regiões e indústrias.

Artigo 47. O (ex-artigo 41. o TCE)

Os Estados-Membros devem fomentar, no âmbito de um programa comum, o intercâmbio de jovens trabalhadores.

Conforme texto do Tratado, há proibição de discriminação dos trabalhadores dos Estados-Membros em razão de sua nacionalidade. Ao Parlamento Europeu e ao Conselho incumbe a elaboração de atos normativos (Diretivas ou Regulamentos) com vistas a eliminar procedimentos e práticas normativo-administrativas adotadas pelos Estados-Membros e que acarretem restrição à livre circulação dos trabalhadores.

Cabe ao Parlamento e ao Conselho, outrossim, deliberar, mediante processo legislativo ordinário, acerca de um sistema de seguridade social destinado aos trabalhadores migrantes assalariados e não assalariados.

A livre circulação de trabalhadores enceta verdadeiro direito fundamental, de natureza individual, mas que acarreta, em contrapartida, deveres aos Estados-membros, assumindo natureza contraprestacional, sobretudo em relação aos direitos sociais³⁰. Calha transcrever a lição de Norberto Bobbio:

É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela “prática” de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social³¹.

A isto acresce que se trata de elemento de suma importância para a criação de um verdadeiro mercado de trabalho da União. Sua aplicação está relacionada à liberdade de prestação de serviços em um amplo espaço geográfico delimitado pelas porosas fronteiras dos Estados-Membros.

Os novos padrões de mobilidade impõem-se em função da globalização e da transnacionalização do capital, inclusive humano, de modo que uma organização supranacional como a União Europeia deve permitir, promover

30 Quanto à natureza dos direitos sociais, assevera Ingo Sarlet: “Constituem – para além disso – direitos relativos por desencadearem sua plena eficácia e se tornarem exigíveis tão-somente após concretizados pelo legislador, razão pela qual também foram denominados – e não de forma completamente destituída de razão – de direitos na medida da lei (Massgabergrechte) [...]” (SARLET, op. cit., p. 307).

31 BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 86-87.

e garantir a sua plena implementação a fim de proporcionar um espaço de comunhão de objetivos e valores econômicos, sociais e jurídicos.

A Diretiva 38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004³² foi editada com o objetivo de simplificar e codificar os esparsos instrumentos normativos comunitários que estavam em vigor à época, com vistas a reforçar a livre circulação de cidadãos da UE.

Em seu texto, conceitua a cidadania da União e a família, elenca os titulares dos direitos e estabelece os parâmetros dos direitos de entrada, saída, permanência e residência, dentre outros aspectos.

A preocupação com a seguridade social e com a assistência dos cidadãos não assalariados é cristalina da leitura da Diretiva mencionada:

(10) As pessoas que exercerem o seu direito de residência não deverão, contudo, tornar-se uma sobrecarga não razoável para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período inicial de residência. Em consequência, o direito de residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias por períodos superiores a três meses deverá estar sujeito a condições.

[...]

(16) Os titulares do direito de residência não podem ser afastados enquanto não se tornarem um encargo excessivo para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento. Por conseguinte, a medida de afastamento não poderá ser a consequência automática do recurso ao regime de segurança social. O Estado-Membro de acolhimento deverá examinar se se está perante um caso de dificuldades temporárias e ter em conta a duração da residência, a situação pessoal e o montante de ajuda concedida para poder considerar se o titular se tornou uma sobrecarga não razoável para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento e proceder ao seu afastamento. Os trabalhadores assalariados, os trabalhadores não assalariados ou as pessoas à procura de emprego, conforme definidas pelo Tribunal de Justiça, não poderão em circunstância alguma ser objeto de medida de afastamento, salvo por razões de ordem pública ou de segurança pública.

[...]

(21) Contudo, caberá ao Estado-Membro de acolhimento determinar se tenciona conceder prestações a título de assistência social durante

32 PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO. Diretiva 38/CE, 2004.

os primeiros três meses de residência ou por um período mais longo no caso das pessoas à procura de emprego, a pessoas que não sejam trabalhadores assalariados ou não assalariados nem conservem esse estatuto, ou não sejam membros das famílias dos mesmos, ou bolsas de subsistência para estudos, incluindo a formação profissional, antes da aquisição do direito de residência permanente³³. – grifou-se.

A Diretiva deixa clara a faceta contraprestacional do Estado de acolhimento, a quem incumbirá deliberar acerca da assistência social ao cidadão durante a busca do emprego ou a pessoas não assalariadas.

O Regulamento (UE) n.º 492/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 05 de abril de 2011, relativo à livre circulação dos trabalhadores na União³⁴, é expresso quanto à natureza de direito fundamental da liberdade de circulação e reforça a proibição de discriminação:

(4) A livre circulação constitui um direito fundamental dos trabalhadores e das suas famílias. A mobilidade da mão- -de-obra na União deve ser um dos meios de garantir aos trabalhadores a possibilidade de melhorarem as suas condições

de vida e de trabalho e de promoverem a sua ascensão social, contribuindo simultaneamente para a satisfação das necessidades decorrentes da economia dos Estados-Membros. O direito que assiste a todos os trabalhadores dos Estados-Membros de exercerem a atividade da sua escolha na União deverá ser afirmado.

(5) Este direito deverá ser reconhecido sem discriminações aos trabalhadores permanentes, sazonais e fronteiriços e àqueles que exercem a sua atividade para fins de prestação de serviços.

(6) A fim de que possa ser exercido em condições objetivas de liberdade e de dignidade, o direito de livre circulação exige que seja assegurada a igualdade de tratamento, de facto e de direito, em tudo o que se relacione com o próprio exercício de atividades assalariadas e com o acesso ao alojamento, e também que sejam eliminados os obstáculos à mobilidade dos trabalhadores, nomeadamente no que se refere às condições de integração das suas famílias no país de acolhimento.

³³ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO, op. cit.

³⁴ PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO. Regulamento (UE) n.º 492, 2011. Revoga o Regulamento/CEE 1612, de 15 de outubro de 1968, expedido pelo Conselho (CONSELHO, Regulamento/CEE 1612, 1968).

Trata-se, por conseguinte, de direito fundamental que outorga aos nacionais de Estados-membros da UE as prerrogativas de: mover-se livremente para outro Estado-membro e empregar-se; residir no país de destino com a sua família; ter tratamento equivalente aos nacionais do país receptor no que atine aos direitos trabalhistas e fiscais, às vantagens sociais, à moradia pública e ao acesso das crianças à educação básica, à aprendizagem e ao treinamento vocacional.

O referido Regulamento dispõe acerca do acesso e exercício de emprego e igualdade de tratamento; admissão dos filhos de nacional de Estado-Membro que seja ou tenha estado empregado em cursos de ensino geral de aprendizagem e de formação profissional nas mesmas condições que os nacionais do Estado de acolhimento.

A isto acresce a previsão do Gabinete Europeu de Coordenação da Compensação das Ofertas e Pedidos de Emprego (Gabinete Europeu de Coordenação), que compõe a Comissão e tem como função, em geral, favorecer o contato e a compensação das ofertas e pedidos de emprego com esteio nas informações e dados coletados dos Estados-Membros, nos termos do artigo 18 do Regulamento 429/2011.

Já o Comitê Consultivo, formado por seis membros de cada Estado da União (dois representantes dos Governos, dois das organizações sindicais e dois das organizações patronais), com mandato, renovável, de dois anos, assiste a Comissão no que atine à verificação da aplicação do Tratado sobre o Funcionamento da UE em relação à livre circulação e aos empregos dos trabalhadores, por meio de realização dos estudos, de análise de problemas, de elaboração de pareceres e de apresentação de propostas à Comissão.

O Comitê Técnico, por sua vez, apoia a Comissão nas atividades relativas à preparação, à promoção e ao acompanhamento dos trabalhos e medidas técnicas referentes à aplicação do Regulamento 492/2011.

Por derradeiro, o instrumento normativo em análise determina que os Estados-Membros comuniquem à Comissão Europeia problemas e informações sobre a situação e a evolução do emprego. Importante medida é a que estabelece que os serviços especializados de cada Membro devem comunicar aos serviços da mesma espécie dos demais Estados da EU e ao Gabinete Europeu de Coordenação as ofertas de emprego suscetíveis de ser preenchidas por nacionais de outros Estados-Membros; as ofertas dirigidas aos países terceiros; os pedidos de emprego que tenham sido apresentados por pessoas que tenham declarado formalmente que desejam trabalhar noutro Estado-Membro e informações, por regiões e ramos de atividade, relativas aos candidatos a emprego que desejem laborar em outro país.

Os dados e informações referidos são essenciais para o monitoramento e aperfeiçoamento do sistema europeu de garantia da livre circulação dos

trabalhadores pelo Gabinete Europeu de Compensação, pelo Comitê Consultivo e pelo Comitê Técnico.

No entanto, a despeito de todo o aparato acima relatado, existem limitações e restrições ao livre trânsito de trabalhadores, que, neste trabalho, podem ser divididas em legítimas ou permitidas e em ilegítimas ou vedadas, na medida em que, respectivamente, decorram de flexibilização negociada sob as normas da própria União Europeia ou de práticas abusivas e violadoras de direitos fundamentais.

Quanto às legítimas, podem decorrer, nos termos do artigo 45.3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, já acima transcrito, de razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública, conceitos vagos e indeterminados que criam o risco de causar multiplicidade interpretativa e ocasionar situação de insegurança jurídica.

Com o escopo de diminuir a amplitude de interpretações resultantes da vagueza dos conceitos, a Diretiva 38 de 2004 estabelece os parâmetros de caracterização das situações e estatui, ainda, que o princípio da proporcionalidade deve ser utilizado para limitar o alcance de tais medidas³⁵.

Acerca da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, leciona Humberto Ávila:

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar *uma finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderia ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito)³⁶.

Há, ainda, as restrições legítimas derivadas de tratativas relativas aos procedimentos de adesão de novos países à UE, fato que acarreta a abertura dos mercados de trabalhos de países que já compõem o quadro da União e possuem receio de sofrer abalo após o aumento do fluxo migratório interno.

Tal possibilidade é prevista também no artigo 21.1. do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “Qualquer cidadão da União goza

35 (23) O afastamento dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias por razões de ordem pública ou de segurança pública constitui uma medida que pode prejudicar seriamente as pessoas que, tendo exercido os direitos e liberdades que lhes foram conferidos pelo Tratado, se integraram verdadeiramente no Estado-Membro de acolhimento. Assim, há que limitar o alcance de tais medidas em conformidade com o princípio da proporcionalidade, a fim de ter em conta o grau de integração das pessoas em causa, a duração da sua residência no Estado-Membro de acolhimento, a idade, o estado de saúde e a situação económica e familiar, bem como os laços com o país de origem. (PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO. Diretiva 38/CE, 2004.)

36 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 113-114.

do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação”. Esta previsão é somada às razões de ordem pública mencionadas no artigo 45.3 do mesmo Tratado, de modo a permitir as limitações.

Destarte, é o próprio Direito Primário, consistente no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia que autoriza a existência de restrições e condições ao livre trânsito de trabalhadores, geralmente reguladas nos Acordos de Transição ou nos Atos de Adesão.

Saliente-se, outrossim, que as limitações e condições previstas nos Acordos de Transição ou Atos de Adesão são relativas única e exclusivamente ao acesso de mercado de trabalho, restando incólumes os direitos de mover-se e residir.

O movimento de intramigratório foi desigual em direção aos Estados-membros durante os Acordos de Transição relativos às adesões ou ampliações operadas em 2004, 2007 e 2013.

A entrada de novos Membros em 2004 e 2007, países oriundos da Europa Centro-oriental, foi um marco no movimento intramigratório da União Europeia. De acordo com Joanna Nestorowicz³⁷, 60% da mobilidade ocorrida em 2008 teve origem em novos Membros (países de emigração).

As diferenças socioeconômicas entre os novos Membros e os já consolidados ocasionou uma grande rodada de negociações relativas à adesão e seus impactos, que culminou na adoção de medidas restritivas ao acesso ao mercado de trabalho por grande parte dos quinze países membros à época.

Destarte, no que atine à adesão de 2004 (Chipre, Estônia, Eslováquia, Eslovênia, Hungria, Letônia, Lituânia, Malta, Polônia e República Tcheca), apenas Irlanda, Suíça e Reino Unido abriram seus mercados de trabalho, com plena aplicação do livre trânsito de trabalhadores.

Já no que atine à ampliação de 2007 (Bulgária e Romênia), de acordo com o *The European job Mobility Action Plan 2007-2010: Implementation Report*³⁸, em janeiro de 2009 somente quinze países, de um universo de vinte e cinco, tinham operado a real abertura dos seus mercados de trabalho para cidadãos oriundos da Bulgária e da Romênia, a saber: Chipre, Dinamarca, Estônia, Eslovênia, Eslováquia, Espanha, Finlândia, Grécia, Hungria, Letônia, Lituânia, Polônia, Portugal, República Tcheca e Suécia.

37 NESTOROWICZ, Joanna. *Free movement of workers and transitional arrangements: lessons from the 2004 and 2007 enlargements*, Varsóvia, 2015. Disponível em: http://www.researchgate.net/publication/277475204_Free_movement_of_workers_and_transitional_arrangements_lessons_from_the_2004_and_2007_enlargements. Acesso em: 28 ago. 2015. p. 12.

38 COMISSÃO EUROPEIA, *The European job Mobility Action Plan 2007-2010: Implementation Report*. Bruxelas, 2010, Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:c11805>. Acesso em: 08 set. 2015. p. 4.

As restrições aos trabalhadores dos países ingressos em 2007 perduraram no interregno compreendido entre 01/05/2009 e 30/04/2011. Apenas Áustria, Alemanha e Reino Unido mantiveram-nas.

Apesar das preocupações encetadas pelos processos de adesão, a Comissão Europeia³⁹ concluiu que a qual a mobilidade de trabalhadores oriundos dos membros que ingressaram em 2004 e 2007 gerou um impacto positivo nos demais membros.

No que concerne à mais recente adesão, qual seja, a da Croácia, operada em 01 de julho de 2013, mais uma vez houve limitação da liberdade fundamental de livre trânsito de trabalhadores.

O Ato de Adesão de 2011 permitiu a aplicação de restrições pelos demais vinte e sete Estados-Membros de forma temporária, por até sete anos, com possibilidade de vigorarem até 2020, como prazo máximo e improrrogável. O interregno de sete anos é dividido em fases:

A primeira refere-se aos dois anos iniciais, nos quais os vinte e sete Estados-membros podem utilizar leis próprias para regular o acesso de trabalhadores croatas aos respectivos mercados de trabalho. Nos três anos seguintes, com o termo *a quo* já iniciado em primeiro de julho de 2015, incumbe aos Membros que desejarem prosseguir na aplicação das limitações comunicar tal intento previamente à Comissão Europeia, sob pena de incidência plena da liberdade de circulação de trabalhadores. Após os três anos intermediários, tem lugar a derradeira fase, com duração máxima de dois anos (fim em 30/06/2020), que possibilita a continuidade da adoção de restrições, mediante anterior ciência à Comissão Europeia, desde que haja desequilíbrio ou ameaça de desequilíbrio ao mercado de trabalho local.

Destaque-se que o Estado-membro que tenha interrompido as restrições antes de findo o limite de sete anos pode retomá-las, desde que comprovados os requisitos da última etapa. Igualmente podem adotar limitações os Estados que não as tenha aplicado inicialmente.

No decorrer da primeira fase, catorze países, dentre os vinte e sete Estados-membros além da Croácia, abriram imediatamente os respectivos mercados de trabalhos aos croatas. Treze, por sua vez, aplicaram restrições; são eles: Alemanha, Áustria, Bélgica, Chipre, Eslovênia, Espanha, França, Grécia, Holanda, Itália, Luxemburgo, Malta e Reino Unido.

O temor era grande, tendo em vista que a Croácia apresentou a terceira maior taxa de desemprego da União Europeia em 2014 e historicamente seu fluxo de emigração tem como principais destinatários a Alemanha, a Áustria e a Itália.

Em contrapartida, a Croácia decidiu aplicar restrições recíprocas aos nacionais dos países referenciados.

³⁹ COMISSÃO EUROPEIA, op. cit.

De acordo com o Relatório da Comissão Europeia sobre o funcionamento dos Acordos de Transição sobre a Livre Circulação de Trabalhadores da Croácia⁴⁰, houve um acréscimo de 10% da população de croatas da Alemanha, de 6% à da Áustria e um aumento inexpressivo na Itália e na Eslovênia.

No tocante a países que abriram seus mercados de trabalho ao novo Membro, os maiores índices de foram verificados na Irlanda, na Suécia e na República Tcheca.

Assim, como observado, a despeito de a mobilidade ser uma realidade na UE, ainda que por vezes limitada pelo Direito primário, como ocorreu com os Acordos de Transição assinados durante os processos de adesão, a real implementação de um livre trânsito de trabalhadores, com garantia de direitos fundamentais, sobretudo os relativos ao sistema de seguridade social, ainda está aquém do nível almejado.

Ocorre, porém, que há restrições injustificadas ao acesso de trabalhadores a mercados locais, discriminação em razão de nacionalidades e exploração de mão de obra em outro Estado-membro.

Exemplo ilustrativo é a dificuldade de reconhecimento das habilidades profissionais que por vezes são limitadas ou subestimadas, de modo a gerar subemprego ou desemprego no país destinatário. Devem incidir, nesses casos, os princípios da igualdade de tratamento e da não discriminação, dentre outros, além das normas da União Europeia aplicáveis, de modo a corrigir a situação.

Além do artigo 45.2 suso transcrito, os artigos 18 e 19 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia versam sobre a proibição de discriminação:

Art. 18º(ex-artigo 12. o TCE)

No âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade.

O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adotar normas destinadas a proibir essa discriminação.

Artigo 19º(ex-artigo 13. o TCE)

1. Sem prejuízo das demais disposições dos Tratados e dentro dos limites das competências que estes conferem à União, o Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias

40 COMISSÃO EUROPEIA. Report From the Commission to the Council on the Functioning of the Transitional Arrangements on Free Movement of Workers from Croatia (First phase: 1 July 2013 - 30 June 2015), Bruxelas, 2015. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5068_en.htm. Acesso em: 16 ago. 2015. p. 4.

para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

2. Em derrogação do n.º 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adotar os princípios de base das medidas de incentivo da União, com exclusão de qualquer harmonização das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros, para apoiar as ações dos Estados-Membros destinadas a contribuir para a realização dos objetivos referidos no n.º 1.

Não é demasiado salientar que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁴¹ também prevê a livre circulação de trabalhadores, apartada de qualquer discriminação decorrente da origem do cidadão da União:

Artigo 15.º Liberdade profissional e direito de trabalhar

1. Todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite.

2. Todos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro.

3. Os nacionais de países terceiros que sejam autorizados a trabalhar no território dos Estados-Membros têm direito a condições de trabalho equivalentes àsquelas de que beneficiam os cidadãos da União.

Sobre o artigo acima, pondera Gaetano Azzariti:

In questa nuova prospettiva La Carta appare “adeguarsi ai tempi”, definendo Il lavoro un valore, Che si sostanzia essenzialmente nel mero diritto di lavorare. Un diritto tra i tanti, da tutelare insieme a quelli dell’impresa, assieme alla liberta di esercitare una professione liberamente scelta o accettata⁴².

No que concerne às habilidades e qualificações profissionais, o reconhecimento do bacharelado em Direito e a possibilidade de atuação em Estado-Membro diferente do da formação académico-profissional já foi objeto de análise pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, inclusive quanto ao exercício de profissões jurídicas, como explanado a seguir:

41 PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO; COMISSÃO. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, 2012.

42 AZZARITI, Gaetano. Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell’Europa politica, In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mónica Clarissa Hennig. *Ativismo Judicial e déficits democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.35.

[...] o reconhecimento de um diploma no Estado-Membro de acolhimento não opera, em caso algum, de forma automática. Pelo contrário, o Estado-Membro de acolhimento está autorizado a comprovar a equivalência entre o diploma estrangeiro e o diploma correspondente do Estado-Membro de acolhimento através de um procedimento comparativo. *No caso de diplomas jurídicos, deve assumir-se, em princípio, a diferença entre os ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, pelo que o Estado-Membro de acolhimento pode exigir, em conformidade com o direito comunitário, um conhecimento preciso por parte do titular do diploma do direito do Estado-Membro de acolhimento. De acordo com o direito comunitário e no interesse da liberdade de circulação dos trabalhadores, é permitido, ainda que não seja obrigatório, exigir aos candidatos um nível de conhecimentos jurídicos inferior ao certificado pela habilitação exigida nesse Estado-Membro para o acesso ao período de formação prática.*

102. *O Tribunal de Justiça desenvolveu estes princípios na interpretação das disposições de direito primário dos artigos 39.o CE e 43.o CE sobre a liberdade de circulação e estabelecimento dos trabalhadores. A preferência da aplicação do direito derivado requer, na análise da segunda questão prejudicial, o recurso, em primeira linha, à Diretiva 89/48. Não obstante, esta circunstância é compatível com uma interpretação da Diretiva 89/48 à luz dos acima referidos princípios, uma vez que a diretiva foi adotada precisamente com a finalidade de realizar as liberdades fundamentais, como resulta dos fundamentos jurídicos escolhidos e do seu primeiro considerando⁴³. – grifou-se.*

Da leitura do excerto acima, percebe-se a aplicação do princípio da confiança mútua, que preceitua que quando uma profissão tiver a posse de um diploma como requisito para ser exercida em um Estado-Membro de acolhimento de cidadão da UE, não pode seu exercício ser recusado ao trabalhador oriundo de outro Estado-Membro e que possua diploma emitido por autoridade competente do país de origem.

Ademais, em garantia da liberdade de circulação de trabalhadores, há a faculdade de se exigir *nível inferior de conhecimentos jurídicos* ao certificado pela habilitação concedida no Estado-Membro acolhedor, fato que demonstra nítida flexibilização dos requisitos em prol do trabalhador.

43 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, PROCESSO C-118/09: conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddfd9e1dc00f624c0dbd1bcacda723aeb9>. e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQaxf0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=81187&occ=first&dir=&cid=45926. Acesso em: 21/09/2015, p.35.

No que atine ao reconhecimento das qualificações profissionais, está em vigor a Diretiva 36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de setembro de 2005. Em seu texto, apresenta diversas regulações que visam a salvaguardar o livre exercício profissional.

Hodiernamente, ainda subsistem tentativas de simplificação e modernização das regras (plano normativo) e de coordenação entre sistemas de informação e de seguridade social (plano executivo).

Mesmo após os esforços regulamentares envidados, há consenso entre os órgãos da UE no sentido de que a situação atual da mobilidade de trabalhadores encontra-se em um ponto subótimo e que urge que sejam efetivadas melhorias sob o ponto de vista de políticas públicas e administrativas, que ocasionarão aumento do bem-estar dos cidadãos.

Sobretudo em momentos de crise financeira e econômica enfrentada em nível mundial, são necessárias reformas estruturais de modo a reequilibrar o mercado e reduzir o impacto deletério da crise macroeconômica. Medidas que reforcem o crescimento do emprego e a redução das barreiras seguramente contribuirão para reduzir a pobreza e reequilibrar a produtividade e os déficits sociais.

A Pesquisa Anual sobre Crescimento realizada pela Comissão Europeia em 2015 (*Annual Growth Survey 2015*) apresenta um rol de quatro exemplos de reformas estruturais mas com repercussão na formação de um mercado de trabalho europeu no qual o livre trânsito de trabalhadores esteja assegurado.

No Plano Normativo, calha destacar a recente edição da Diretiva 54/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, em 16 de abril de 2014, relativa a medidas destinadas a facilitar o exercício dos direitos conferidos aos trabalhadores no contexto da livre circulação. A própria União Europeia reconhece a existência entre o dever ser e o ser no que atine ao tema, razão pela qual envida esforços para diminuir a discrepância observada:

(5) O exercício efetivo da liberdade de circulação de trabalhadores continua, todavia, a constituir um desafio de vulto e, muitos trabalhadores da União desconhecem frequentemente os seus direitos à livre circulação. Em razão, designadamente, da sua situação potencialmente mais vulnerável, os trabalhadores da União podem ainda sofrer restrições injustificadas ou entraves ao seu direito à livre circulação, tais como o não reconhecimento das qualificações, discriminações em razão da nacionalidade e exploração quando se deslocam para outro Estado-Membro. Entre a lei e a sua aplicação prática existe, portanto, um desfasamento que tem de ser abordado.

Nesta linha, a Diretiva prevê obrigações administrativas dos Estados-Membros em prol da efetivação da liberdade de circulação. O seu escopo é proporcionar a real implementação da liberdade fundamental de livre circulação de trabalhadores de modo uniforme no espaço da União Europeia. Salientam-se a tutela de direitos, por meio do acesso à justiça e o duplo grau de jurisdição; a criação de organismos de promoção da igualdade de tratamento; a formação de um constante diálogo com parceiros sociais e organizações não governamentais; e o acesso à informação.

Com entrada em vigor em 01 de maio de 2014, a Diretiva estabelece a data de 21 de maio de 2016 como prazo para os Estados-Membros cumprirem as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias à sua observância.

Ademais, a Comissão Europeia deve apresentar ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comitê Econômico e Social um relatório sobre o estado do cumprimento da aludida Diretiva até 21 de novembro de 2018, a fim de possibilitar a análise da situação acerca da efetivação da liberdade de circulação de trabalhadores e a eventual necessidade de aprimoramento e de adequação ou adoção de novas medidas.

Para que seja efetivado o quanto disposto na Diretiva, aos Estados-membros cabe extirpar os obstáculos nacionais a este direito fundamental por meio da identificação dos atos que ensejem a discriminação e o tratamento desigual entre cidadãos da União Europeia. Urge que sejam adotadas medidas para a simplificação de procedimentos relativos às liberdades de viajar, residir e trabalhar.

O direito à informação está, outrossim, intrinsecamente ligado à política de efetivação da livre circulação de trabalhadores, uma vez que ao cidadão devem ser disponibilizados centros locais e virtuais, a exemplo do sítio *A sua Europa*⁴⁴, que indiquem, de forma acessível e clara, quais são os seus direitos em território de Estado-membro da União Europeia, de modo a protegê-lo de posturas contra legem adotadas em momentos de seleção, admissão e manutenção no mercado de trabalho.

Aos países da UE incumbe, ainda, aumentar a sensibilização relativamente aos direitos conferidos à legislação supranacional no que tange à antidiscriminação e à igualdade de gênero no âmbito da livre circulação de trabalhadores.

A existência de desníveis internos de promoção e proteção das normas da UE neste aspecto acarreta a existência de mercados nacionais mais atrativos que outros, levando a uma situação que deturpa e desnatura a

44 http://europa.eu/youreurope/citizens/index_pt.htm.

livre circulação de trabalhadores, qual seja, a caracterização dos fenômenos de fuga de cérebros e fuga de jovens de um país para outro. Como exemplo, jovens licenciados procuram trabalho em toda a União e passam a ser absorvidos em mercados que tenham menores índices de desrespeitos à legislação supranacional. De outra banda, o trabalhador informal e muitas vezes desqualificado é atraído por mercados de países que descumprem tais normas são submetidos a situações que desvalorizam o seu labor e esvaziam o grau de cidadania conferido pelos Tratados.

Por derradeiro, o princípio do acesso à justiça apresenta-se como ferramenta de inegável e indispensável valia para corrigir as posturas dos Estados apartadas da normativa comum.

As jurisdições nacionais devem tutelar os trabalhadores e salvaguardar a liberdade fundamental em apreço, assim como ao Tribunal de Justiça da União Europeia incumbe salvaguardar a aplicação das normas da EU quanto ao tema.

Destarte, há desafios a serem enfrentados pelos Estados-Membros em prol da observância plena das medidas normativas e administrativas que garantam a liberdade fundamental de circulação de trabalhadores.

Embora não tenha sido atingido o plano ideal de efetivação desta liberdade na União Europeia, merecem destaques as iniciativas legislativas e administrativas já adotadas e objeto de constante avaliação institucional e acadêmica a fim de aprimoramento.

Um exemplo administrativo é o EURES – O Portal Europeu de Mobilidade Profissional⁴⁵. Criado em 1994 e mantido pela Comissão Europeia, trata-se de uma rede de cooperação composta pelo Gabinete Europeu de Coordenação, pelos gabinetes de coordenação nacionais e demais parceiros, composta com o escopo de promover a livre circulação de trabalhadores nos vinte e oito países da União Europeia, além de Suíça, Islândia, Liechtenstein e Noruega.

É um serviço de apoio que fornece informação e suporte a trabalhadores que desejam mudar ou atravessar fronteiras dentro da União Europeia, por meio de criação de uma conta EURES, do envio de curriculum vitae e criação de um Passaporte Europeu de Competências. Assiste, outrossim, empregadores em busca de talentos.

Marcela Srogonová fornece mais informações sobre a Rede EURES:

Neste momento a Rede EURES desenvolve o papel de cooperação entre a Comissão Europeia e os Serviços Públicos de Emprego dos 31 países do EEE e Suíça. Os recursos dos membros e parceiros EURES fornecem uma base sólida para que a Rede EURES preste serviços

⁴⁵ <https://ec.europa.eu/eures/public/pt/homepage>.

de qualidade a trabalhadores e empregadores. A Rede é coordenada pelo grupo EURESco (Gabinete de Coordenação do EURES) em Bruxelas, que desenvolve o programa de Grupo de Estratégia de Alto Nível (grupo de especialistas) e EURES Working Party (gestores EURES de cada país abrangido na Rede).⁵³ A Rede EURES oferece atualmente os serviços gratuitos para os empregadores e candidatos pelos mais de 780 Conselheiros EURES, com o fim de promover a mobilidade profissional e diminuir os obstáculos da mobilidade existentes (ex.: reconhecimento profissional, administrativos, diferenças culturais, etc.)⁴⁶.

Destarte, por meio do fornecimento de dados e criação de oportunidades de emprego, contribui para a formação de um mercado de trabalho europeu.

Por derradeiro, convém mencionar o Fundo Social Europeu (European Social Fund – ESF), que, dentre outras funções, é destinado a facilitar e promover a mobilidade laboral.

O relatório do ESF⁴⁷ sobre mobilidade laboral indica que quase dois terços dos programas dos Estados-membros e mais de um terço dos programas do Fundo são dirigidos à mobilidade laboral, com cerca de seiscentos e setenta e cinco mil pessoas beneficiadas por este.

Além disso, pelo menos dezessete mil organizações, em sua maioria empresas, são encorajadas a melhorar ou ajustar sua estrutura funcional com o escopo de aprimorar a circulação de trabalhadores. Por fim, o relatório destaca que mais de sessenta mil pessoas tiveram suas competências e habilidades reconhecidas e certificadas.

5 CONCLUSÕES

Como delineado, resta patente que da cidadania da União Europeia defluiu o direito fundamental e individual de circular e residir livremente no território dos Estados-Membros. Trata-se de liberdade fundamental do mercado interno europeu que permite conferir uma maior coesão social.

Ocorre, porém, que a efetivação desta liberdade encontra-se em ponto subótimo, dadas as dificuldades decorrentes das complexidades normativas e administrativas.

46 SROGONOVÁ, Marcela. *Mobilidade Laboral na União Europeia*. Acompanhamento da Rede EURES em Portugal: Faculdade de Letras/Universidade do Porto, 2012. p. 25.

47 Reporting on ESF interventions in the EU' - Summary fiche from the background report 'ESF and Labour mobility'. ESF website library: <<http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?policyArea=750&subCategory=758&type=0&country=0&year=0&advSearchKey=SPCNationalSocialReport&mode=advancedSubmit&langId=en>>. Acesso em: 08 set. 2015.

Considerando a origem econômica da União Europeia, que passou a priorizar o plano humano, para que seja uma união de pessoas; as variadas ampliações, que totalizam vinte e oito Estados-membros; a existência de uma cidadania da União Europeia, reforçada pela adoção de uma Carta de Direitos Fundamentais e pela adesão à Convenção Europeia de Direitos Humanos e a liberdade fundamental de livre trânsito de trabalhadores, tornou-se imperioso buscar a efetivação da liberdade de circulação de trabalhadores.

Os novos padrões de mobilidade impostos pela globalização e pela transnacionalização do capital, inclusive humano, determinam a necessária construção de um espaço de comunhão de objetivos e valores econômicos, sociais e jurídicos.

Como visto, além de previsões nos Tratados, há prescrições em Diretivas e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em prol da garantia da livre circulação de trabalhadores. No entanto, existem limitações e restrições legítimas e ilegítimas ou vedadas, na medida em que, respectivamente, decorram de flexibilização negociada sob as normas da própria União Europeia ou de práticas abusivas e violadoras de direitos fundamentais.

A fim de eliminar as ilegítimas, subsistem tentativas de simplificação e modernização das regras (plano normativo) e de coordenação entre sistemas de informação e de seguridade social (plano executivo).

Mesmo após os esforços regulamentares envidados, há consenso entre os órgãos da UE no sentido de que a situação atual da mobilidade de trabalhadores encontra-se em um ponto subótimo e que urge que sejam efetivadas melhorias sob o ponto de vista de políticas públicas e administrativas, que ocasionarão aumento do bem-estar dos cidadãos.

Harmonização das leis internas; simplificação de procedimentos; efetivação do direito à informação e do acesso à Justiça; aplicação dos princípios da proporcionalidade, da não discriminação e da igualdade de tratamento, são essenciais para eliminar as assimetrias verificadas nos Estados-Membros, que acarretam desníveis de proteção ao trabalhador migrante intraeuropeu.

Sobretudo em momentos de crise financeira e econômica enfrentada em nível mundial, são necessárias reformas estruturais de modo a reequilibrar o mercado e reduzir o impacto deletério da crise macroeconômica. Medidas que reforcem o crescimento do emprego e a redução das barreiras seguramente contribuirão para reduzir a pobreza e reequilibrar a produtividade e os déficits sociais, formando um efetivo mercado de trabalho europeu, proporcionado pela realmente livre circulação de trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ARCHER, Clive. *International Organizations*. London: Routledge, 1995.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZZARITI, Gaetano. Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa política. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Ativismo Judicial e déficits democráticos: algumas experiências Latino-Americanas e Europeias*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAMPOS, Eduardo Nunes, *O lugar do cidadão nos processos de integração: o déficit social da Comunidade Europeia e do Mercosul*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CASELLA, Paulo Borba. *União Europeia: instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 2002.

_____. Pax perpetua – a review of the concept from the prespective of economic integration. In: CASELLA, Paulo Borba (coord). *Dimensão internacional do direito: estudos em homenagem a G.E. do Nascimento e Silva*. São Paulo: LTr, 2000.

CASSESE, *Dentro La Corte: Diario di un giudice costituzionale*. Bologna: Società editrice il Mulino, 2015.

COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos direitos fundamentais na União Europeia*. Brasília: OAB, 2005.

COMISSÃO EUROPEIA. *Reporting on ESF interventions in the EU - Summary fiche from the background report 'ESF and Labour mobility'*. Bruxelas. 2010. Disponível em: ESF website library: <http://ec.europa.eu/employment_social/esf/library/library_en.htm>. Acesso em: 24 ago. 2015.

_____. *The European job Mobility Action Plan 2007-2010: Implementation Report*. Bruxelas, 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:c11805>>. Acesso em: 08 set. 2015.

_____. *Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European central Bank, The European Economic and Social Committee, The Committee of the Regions and The European Investment Bank: Annual Growth Survey 2015*. Bruxelas, 2014. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2235_en.htm. Acesso em: 07 set. 2015.

_____. *Report From the Commission to the Council on the Functioning of the Transitional Arrangements on Free Movement of Workers from Croatia (First phase: 1 July 2013 - 30 June 2015)*. Bruxelas, 2015. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5068_en.htm>. Acesso em: 16 ago. 2015.

CONSELHO, *Regulamento/CEE* 1612, 1968. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31968R1612>>. Acesso em: 14 set. 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HORNERO, Antonio Calvo. *Organización de la Unión Europea*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Román Areces, 1999.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Dilemas do constitucionalismo contemporâneo: é possível uma constituição para a União Européia? *Revista da AGU*, ano V, nº 09, Brasília-DF, 2006. p. 35-56.

NESTOROWICZ, Joanna; FIHEL, Agnieszka; JANICKA, Anna; KACZMARCZYK, Pawel. *Free movement of workers and transitional arrangements: lessons from the 2004 and 2007 enlargements*. Varsóvia, 2015. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/277475204_Free_movement_of_workers_and_transitional_arrangements_lessons_from_the_2004_and_2007_enlargements>. Acesso em: 28 ago. 2015.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO. *Directiva 36/CE*, 2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:31989L0048>>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. *Diretiva 38, CE*, 2004. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0038R\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0038R(01)&from=PT)>. Acesso em: 13 set. 2015.

_____. *Diretiva 54/UE*, 2014. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0054>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO; COMISSÃO. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>>. Acesso em: 01 set. 2015.

_____. *Regulamento (UE) n° 492*, 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:141:0001:0012:PT:PDF>>. Acesso em: 17 set. 2015.

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

RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RUIZ, Blanca Rodríguez. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: acordes y desacuerdos. In BOHÓRQUEZ, Rosário Leñero; CORONA, Esperanza Gómez; VEJA, Pablo Gutiérrez (coords.). *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa: Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. Navarra: Editorial Aranzadi, p. 179-193, 2005.

SAINT-PIERRE, Abbé de. (Charles Irinée Castel de Saint-Pierre). *Projeto para tornar Perpétua a Paz na Europa*. Prefácio de Ricardo Seitenfus; tradução de Sérgio Duarte. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de pesquisa de Relações Internacionais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SROGONOVÁ, Marcela. *Mobilidade Laboral na União Europeia*. Acompanhamento da Rede EURES em Portugal. Portugal: Faculdade de Letras/Universidade do Porto, 2012, 94p. Disponível em: <file:///C:/Users/Tangram_2/Downloads/Relatorio_de_estagio_Srogonova_final.pdf>. Acesso em: 17 set. 2015.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O povo e o poder*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, PROCESSO C-118/09: conclusões da Advogada-Geral Verica Trstenjak, 10 de junho de 2010. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30ddfd9e1dc00f624c0dbd1bcacda723aeb9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQaxf0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=81187&occ=first&dir=&cid=45926>. Acesso em: 21 set. 2015.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *La sociedad internacional*. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

UNIÃO EUROPEIA. *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>>. Acesso em 11 set. 2015.

_____. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*, 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>>. Acesso em: 21 set. 2015.

_____. *Tratado de Lisboa*, 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:12007L/TXT>>. Acesso em: 21 set. 2015.

VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia, Direito Internacional Público e Direito da Integração: desafios atuais. In: CASELLA, Paulo Borba; VIEGAS LIQUIDATO, Vera Lúcia (coords). *Direito da Integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

WILHELMI, Marcio Aparicio. Repensar los topoi del constitucionalismo. Cuestiones para el debate sobre el proceso constituyente europeo. In: BOHÓRQUEZ, Rosário Leñero; CORONA, Esperanza Gómez; VEJA, Pablo Gutiérrez (coords). *Una Constitución para la Ciudadanía de Europa: Estudios sobre el Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

A ADVOCACIA DE ESTADO NO BRASIL E NA ITÁLIA: ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

*PUBLIC ADVOCACY IN BRAZIL AND ITALY: A STUDY OF
COMPARATIVE LAW*

Nilo Sérgio Gaião Santos
Procurador Federal na PRF da 1ª Região

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve contexto histórico; 2 Papel da Advocacia de Estado no sistema jurídico e seu posicionamento institucional; 3 Considerações sobre as atribuições da Advocacia de Estado; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo tem por escopo analisar origem, características e aspectos práticos dos modelos utilizados pelo Brasil e pela Itália para o exercício da Advocacia de Estado, que é incumbido a instituições públicas encarregadas única e exclusivamente desse fim. Após um estudo de sua evolução histórica, serão apontados diversos pontos comuns, do ponto de vista legal e doutrinário, a ambos os países, explicitando-se, no fim, um distanciamento quanto ao patamar institucional.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia de Estado. Separação entre Poderes. Administração Pública. Funções Essenciais à Justiça. Advocacia-Geral da União. *Avvocatura Dello Stato*. Direito Comparado.

ABSTRACT: This article has the scope to analyze origin, characteristics and practical aspects of the models used by Brazil and Italy to the assignment of the Public Advocacy, which is trusted to public institutions with this exclusive purpose. After studying its historical evolution, several common points to both countries will be indicated, from the legal and doctrinal point of view, and will be demonstrated in the end an institutional gap between them.

KEYWORDS: Public Advocacy. Separation of Powers. Public Administration. Essential Functions to Justice. Comparative Law.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a Advocacia de Estado e seus órgãos de exercício no Brasil e na Itália, destacando a enorme influência exercida pelo modelo italiano de advocacia binária-exclusiva na criação e estruturação da Advocacia-Geral da União brasileira.

Nesse sentido, inicia-se com uma breve contextualização histórica a respeito do surgimento e desenvolvimento dessa relevantíssima função constitucional em ambos os países, seguida de um estudo do posicionamento institucional e das atribuições exercidas por tais órgãos. Finaliza-se, ainda, com algumas considerações sobre o atual estágio evolutivo das instituições.

1 Breve contexto histórico

Muito já se escreveu sobre a evolução da Advocacia de Estado no Brasil e sobre a criação da Advocacia-Geral da União como órgão específico para exercitar, de modo exclusivo e indelegável, tal dever constitucional. Entende-se, contudo, que as semelhanças e diferenças entre a origem do órgão brasileiro e da *Avvocatura dello Stato* italiana são importantes para fixar um panorama comparativo entre ambos.

Buscando esclarecer esses pontos é que se passa a discorrer, inicialmente, sobre uma rápida apresentação do histórico brasileiro, passando-se, posteriormente, a uma análise mais detalhada da experiência na Itália.

Como ensina a doutrina, o modelo estatal brasileiro sempre delegou ao Ministério Público da União a responsabilidade de exercer a defesa judicial do Estado brasileiro – desde a Constituição Imperial de 1824, que concentrou no mesmo órgão as funções de Advocacia de Estado e de acusação pública¹. Tal situação gerava, por óbvio, uma série de dificuldades que impedia a consecução de tal mister, seja em razão de óbices estruturais, seja em razão de um certo “conflito de interesses” não raro configurado na atuação do *Parquet* federal².

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 retirou tal função do Ministério Público Federal e a concentrou em um órgão recém-criado, ao qual também foi transferida a incumbência de prestar atividade consultiva

1 SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: Posição Institucional. *Revista de informação legislativa*, v. 30, n. 117, p. 187, jan./mar. 1993. Brasília: 1993.

2 “Tendo em vista que o Ministério Público brasileiro desenvolveu-se quase exclusivamente em torno das funções acusatórias e fiscalizadora, herdadas do hoje superado modelo francês, nascido, menos da Revolução de 1789, do que do Império Napoleônico, a mencionada cumulação de atribuições resultava prejudicial à tutela conjugada do interesse público, em detrimento dos interesses estatais, não menos essenciais que os da sociedade, em relação às exigências da ordem jurídica, e, por sua amplitude e expressão, certamente mais sensíveis, em relação às exigências de uma ordem jurídica democrática” (*Ibidem*, p. 188).

a todos os Poderes da União – função esta que era desempenhada pela Advocacia Consultiva da União³.

Deu-se, assim, o surgimento da Advocacia-Geral da União, no âmbito da estrutura federal, muito embora em alguns estados da Federação a Constituição Estadual já trouxesse norma escrita atribuindo as mesmas funções, no âmbito de cada ente, a procuradorias estaduais. Esse fato levou importante doutrina a defender, inclusive, que a Carta de 1988 apenas positivou uma norma que, materialmente, já existia⁴.

No caso italiano, chegou-se basicamente ao mesmo desenho – mas cerca de 130 anos antes e sem passar pela malsucedida tentativa de concentrar o exercício da Advocacia de Estado no Ministério Público.

Na realidade, pode-se dizer, com base em fundamentada doutrina, que já no Direito Romano se vislumbra o embrião da Advocacia de Estado italiana. De fato, registra CARAMAZZA que a transição da república romana para a estrutura de império teve como uma de suas características o enquadramento do Imperador como um funcionário privado, mas dotado de todas as potestades públicas inerentes ao cargo, e proprietário de um patrimônio denominado “Fiscus”, o qual se destinava ao financiamento do exercício de tais potestades – ao passo que o “Aerarium” era um patrimônio público e plenamente distinto⁵.

A definição do “Fiscus” como patrimônio privado e sua consequente sujeição à justiça ordinária levou naturalmente à criação de específico tipo de funcionário responsável pela defesa judicial, o qual se denominava “advocatus fisci”. Tendo em vista a falta de documentos contemporâneos da época, diverge-se sobre sua efetiva atribuição dentro da estrutura do Império Romano, havendo quem sustente, inclusive, tratar-se de cargo encarregado não só da representação processual, mas também da função jurisdicional em matérias fiscais. Contudo, predomina a visão do “advocatus fisci” como representante processual dos interesses do caixa imperial⁶.

No século XVIII, sob a influência do liberalismo-razionalismo iluminista e levando em conta a novel ideia de separação das funções estatais e sujeição da Administração Pública ao Judiciário, foi criada a

3 ARAÚJO, Luiz Cláudio Martins de. Novos arranjos institucionais: redimensionamento das capacidades constitucionais pelo papel dialógico-democrático da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU*, n. 34, p. 24, out./dez. 2012. Brasília: 2012.

4 SESTA, op. cit., p. 198.

5 CARAMAZZA, Ignazio Francesco. La difesa dello Stato in giudizio e la soluzione italiana. *Rassegna Avvocatura dello Stato*, v. 01/2012, p. 7. Roma: jun./2012. Disponível em: <<http://www.avvocaturastato.it/node/578>>. Acesso em: 10 set. 2015.

6 LAMBRINI, Paola. *In tema di “advocatus fisci” nell’ordinamento romano*. p.1. Disponível em: <https://www.academia.edu/2495547/In_tema_di_advocatus_fisci_nellordinamento_romano>. Acesso em: 10 set. 2015.

Avvocatura Regia do Granducado da Toscana, também encarregada da representação fiscal-fazendária do governo⁷.

Com a unificação italiana, optou-se por esse modelo toscano entre aqueles existentes nas cidades-estado, o que levou à criação, em 1876, da Regia Avvocatura Erariale – cujo sugestivo nome já evidencia a preocupação precipuamente patrimonial do referido órgão.

Leciona CARAMAZZA, ainda, que a utilização desse modelo e dessa denominação guardam relação direta com o contexto político existente e com o objetivo principal que levou à criação da Avvocatura Erariale. À época, vivia-se o ápice do Estado Liberal-Burguês, o qual era marcado pela supremacia do Legislativo, pela visão positivista da função judicial (sempre vista com desconfiança) e pela noção do Executivo como mero concretizador dos atos e escolhas legislativos⁸.

Como consequência de tal desenho, vigorava a máxima da insindicabilidade dos atos administrativos. Por outro lado, a escolha italiana fora, com a unificação, extinguir o contencioso administrativo e devolver ao juiz ordinário a jurisdição sobre tal matéria – mas impondo, como relevante limite, a proibição de anular atos administrativos.

Ocorre que tal limite não foi suficiente, sob o ponto de vista dos interesses liberais da classe dominante, para conter o Judiciário, já que, apesar da positivada vedação à anulação dos atos administrativos, a jurisprudência havia progredido no sentido de admitir a possibilidade de ressarcimento de danos provocados pela Administração.

Foi nesse contexto de necessidade de contenção do judiciário, portanto, que a Avvocatura Erariale foi criada; sua denominação, inclusive, reforçava a insindicabilidade dos atos administrativos, transmitindo a ideia de que a Administração Pública só estaria sujeita ao controle judicial em atuações desprovidas do poder de império – isto é, para aspectos patrimoniais. Sua criação, em suma, foi uma tentativa de fixar no Estado um “contraponto” conservador – muito embora sua origem na Toscana tenha sido manifestação de um ideal liberal-progressista⁹.

Tendência completamente diversa se percebeu nas décadas de 20 e 30 do século XX. Com o advento do Estado Social e a natural predominância do Poder Executivo, que passa a exercer novas funções sociais sobretudo quanto à prestação de serviços públicos, não apenas se alargou a atribuição da Advocacia de Estado como também se alterou sua denominação para Avvocatura dello Stato. De fato, a partir de tal momento e considerando

7 CARAMAZZA, op. cit., p. 8.

8 Ibidem, p. 12-14.

9 “Se verificava, assim, uma daquelas ironias do destino: um Instituto criado cem anos antes em um estado pré-unificação da vanguarda liberal vinha implantado na Itália unida como contrapeso conservador” (Ibidem, p. 13).

a superação da ideia de insindicabilidade dos atos administrativos, a *Avvocatura italiana* passa a defender o Estado em todas suas novas áreas de atuação – seja na jurisdição civil, seja na jurisdição administrativa.

Nesse contexto, o Decreto Régio nº 1611/1933 consolidou essa evolução ao prever e alargar ainda mais as funções e abrangência do órgão, confirmando seu papel contencioso e consultivo, ainda que o atual desenho estrutural da *Avvocatura* só viesse a ser delineado com a Lei 103/1979¹⁰.

Se de um lado a história da AGU pode parecer curta demais se comparada à maturação por que passou a *Avvocatura dello Stato*, de outro percebe-se, à toda evidência, uma origem comum a ambas e que reflete sua importância.

No caso italiano, vê-se claramente que a *Avvocatura* teve seu surgimento e evolução diretamente relacionados aos diversos modelos de Estado por que transitou a Itália, o que levou CARAMAZZA a caracterizar o órgão como um “observador privilegiado” das transições sociais¹¹. No Brasil, de igual forma, a criação da AGU como órgão exclusivo para defesa do Estado decorre justamente da ampliação, pela Constituição Federal de 1988, do rol de direitos fundamentais e serviços públicos a serem prestados, partindo da mesma ideia de que se o Estado precisa estar presente em número maior de situações, melhor e mais bem estruturada deve ser sua representação jurídica.

2 PAPEL DA ADVOCACIA DE ESTADO NO SISTEMA JURÍDICO E SEU POSICIONAMENTO INSTITUCIONAL

Antes de analisar seu papel prático e institucional, importa fixar o que realmente se entende por Advocacia de Estado. Cuida-se, como o nome sugere e com base em clássico ensinamento, do “patrocínio judicial e aconselhamento jurídico do interesse público” – visto esse interesse público como aquele manifestado através do interesse do Estado (ou “interesse administrado”)¹². Pode-se dizer, portanto, que a diferença para a Advocacia privada é basicamente quanto ao “cliente” representado.

10 CARDUCCI, Michele et MACRI, Michele. A Advocacia de Estado na Itália. In: PEDRA, Adriano Sant’Ana (coord.). *Advocacia Pública de Estado – estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 166-167.

11 “Quando a defesa do Estado em juízo vem confiada, como acontece em nosso ordenamento, a um órgão técnico inserido na Administração, mas distinto de cada ramo da Administração, tal órgão se torna um ‘observador privilegiado’ das alternâncias do ponto de equilíbrio entre o princípio da liberdade e o princípio da autoridade. Ponto de equilíbrio este que evolui no tempo, em sintonia com as grandes crises de transformação da sociedade, do Estado e do direito” (CARAMAZZA, op. cit., p. 11).

12 SESTA, op. cit., p. 191.193.

Tal característica gera, na prática, diversas complicações, já tendo inclusive sido sustentado que Advogado do Estado exerce uma função que poderia ser vista como “paradoxal”, visto que a defesa do interesse do Estado é indisponível, mas ao mesmo tempo há a permanente exigência de observância aos princípios de justiça, o que importaria, segundo GUIMARÃES, uma obrigação de “parcialidade imparcial”¹³.

No modelo binário e exclusivo adotado pelo Brasil e pela Itália, a Advocacia de Estado exerce funções contenciosa e consultiva de todos os órgãos e Poderes¹⁴. A opção por esse modelo partiu da constatação de que concentrar toda a representação jurídica do Estado no mesmo órgão traz inúmeras vantagens em relação à outra alternativa – que seria a da representação parcelada entre mais de um órgão ou entre agentes privados. Costuma-se indicar, principalmente, a economicidade na manutenção de um corpo permanente de advogados públicos, a maior uniformidade da atuação e a alta especialização decorrente do provimento diferenciado desses agentes¹⁵.

Tais benefícios levaram à opção concretizada na Constituição Brasileira de 1988, que criou a Advocacia-Geral da União como único órgão exercente da Advocacia de Estado e a posicionou junto com a Defensoria Pública e com o Ministério Público sob a rubrica de “Funções Essenciais à Justiça” – ou seja, em um capítulo distinto daqueles reservados aos Poderes do Estado.

Essa nova rubrica prevista na Carta de 1988 representaria, segundo a doutrina, a ascensão do valor “justiça”¹⁶ como base e instrumento voltado à realização de todos os direitos e deveres previstos constitucionalmente. Nesse contexto, as Funções Essenciais constituiriam, em conjunto, um sistema legal desenhado justamente para “fazer justiça”, e com esse intuito se lhes conferiu estrutura e prerrogativas para viabilizar uma atuação independente, inclusive com seu posicionamento fora da estrutura dos Poderes de Estado¹⁷.

Ainda segundo a lição de MOREIRA NETO, as três funções essenciais (ou “procuraturas constitucionais”) seriam manifestações da

13 GUIMARÃES, Guilherme Francisco Alfredo Cintra. Advocacia de Estado, Administração Pública e Democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas. *Revista da AGU*, n. 30, p. 9, out./dez. 2011. Brasília: 2011.

14 Na realidade, no caso brasileiro, a prestação consultiva se restringe ao Poder Executivo, como se falará abaixo.

15 CARAMAZZA, op. cit., p. 9.

16 “Justiça como valor, incluído já no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e que consiste na vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu” (ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos direitos fundamentais. *Revista da AGU*, n. 32, p. 35, abr./jun. 2012. Brasília: 2012).

17 O renomado autor define as funções essenciais como “conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 116, p. 79-87, out./dez. 1992. Brasília: 1992).

Advocacia Pública, dotadas de plena isonomia e sem hierarquização entre si, distinguindo somente em relação ao tipo de interesse público tutelado¹⁸.

Nesse sentido, levando em conta o modelo desenhado no Brasil, pode-se dizer que a AGU é órgão de estatura constitucional, não pertencente a quaisquer dos Poderes (até mesmo por ser papel da AGU a representação de todos estes), com vínculo meramente administrativo em relação ao Poder Executivo. Seus membros, individualmente, podem ser considerados “agentes políticos”¹⁹ ou “agentes públicos de existência necessária”²⁰, responsáveis pela indelegável função de defesa judicial do interesse público e tendo investidura por concurso de provas e títulos.

A posição constitucional diferenciada da AGU, vista não apenas como defensora dos interesses imediatos e patrimoniais do Estado, mas também como curadora do interesse público primário e do princípio da legalidade, vem se consolidando cada vez mais com a criação de aparatos institucionais que potencializam a atuação do órgão.

A Lei Complementar nº 73/1993, por exemplo, prevê expressamente a possibilidade de edição de Parecer vinculante por parte do Advogado-Geral da União, por meio do qual, grosso modo, é emitido um entendimento que deve ser obrigatoriamente observado por parte de todos os órgãos da Administração Pública Federal.

Outro exemplo que reforça o importante papel institucional da AGU deu-se com a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, no âmbito da própria AGU, para a resolução administrativa e pré-judicial de conflito entre entidades da União. Como se vê, ambas as medidas conferem à AGU importantíssimo papel dentro do processo dialógico-institucional – o que, por consequência, induz maior controle, transparência e legitimidade à atuação administrativa²¹.

O modelo italiano, até por ter servido de base para a Advocacia de Estado brasileira, apresenta inúmeras semelhanças. Da mesma forma, a *Avvocatura dello Stato* é tida como órgão legal detentor única e exclusivamente da representação judicial e assessoramento jurídico do Estado, com dependência meramente formal-administrativa ao Governo, a qual se explicaria como hierarquia externa e orgânica, mas garantida a autonomia e a independência funcional do órgão²².

18 MOREIRA NETO, op. cit., p. 92.

19 Ibidem, p.96.

20 SESTA, op. cit., p. 190.

21 ARAÚJO, op. cit., p. 27-28.

22 CORTESE, Fulvio. A assistência e a defesa jurídicas como funções administrativas: a Advocacia de Estado na Itália. In: PEDRA, Adriano Sant’Ana (coord.). *Advocacia Pública de Estado – estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 142-144.

Quanto à abrangência da sua atuação jurídica, firmou-se a interpretação de que a *Avvocatura* pode responder por todos os órgãos de todos os Poderes²³, o que também demonstra o seu posicionamento diferenciado e fora de sua estrutura. No entanto, e aqui reside uma vantagem do modelo brasileiro, a *Avvocatura dello Stato* não tem previsão expressa na Constituição italiana de 1948, o que poderia ensejar alguma dúvida acerca do real posicionamento do órgão na estrutura do Estado.

Por outro lado, é certo que essa ausência de uma norma constitucional em nada diminuiu a atuação e relevância da *Avvocatura* – o que contou com importante contribuição doutrinária. Isto porque o próprio contexto político italiano, recém-saído de uma experiência fascista baseada na centralização do Poder Executivo estatal, explica a falta de compreensão que envolveu, naquele momento, o real papel da *Avvocatura dello Stato*, visto que tal órgão fora utilizado pelo governo com fins meramente patrimoniais-arrecadatórios e como mero avalista e defensor dos ilegais atos praticados pelo Estado²⁴. Em suma, o órgão era visto, naquele momento, como mais uma peça na burocracia estatal.

Com a consolidação da democracia italiana, a própria instituição tratou de ocupar cada vez mais espaços dentro da estrutura de poder, além de ter sido ampliado, ao longo da segunda metade do século XX, o rol de funções e de entidades cuja representação jurídica incumbia à *Avvocatura*. Tal fato provocou, aos poucos, o distanciamento do órgão em relação ao Poder Executivo, havendo interessante metáfora que compara essa tendência com o lento e constante afastar entre duas placas tectônicas²⁵.

Essa “mutação institucional” ocorrida à margem da Constituição escrita consolidou-se, principalmente, com a edição da Lei 103/79, a qual culminou na reestruturação da *Avvocatura dello Stato* e na ampliação de seu esboço de atuação. Por tais motivos e também levando em conta a semelhança com as características organizatórias e funcionais de outras entidades previstas expressamente na Carta italiana, a exemplo da Corte de Contas e do Conselho do Estado, pode-se dizer que a *Avvocatura* também está alçada ao patamar de “órgão auxiliar do Estado”, inclusive como consequência da Constituição material do país²⁶.

Portanto, a *Avvocatura* exerce, na Itália, função semelhante à exercida pela AGU, no Brasil, tendo passado, desde a sua criação, da “mera

23 CORTESE, op. cit., p. 147.

24 PALMA, Giuseppe. Prospettive sul ruolo dell'avvocatura pubblica nell'articolazione costituzionale della repubblica. *Rassegna Avvocatura dello Stato*, v. 01, 2013, p. 61. Roma: jun./2013. Disponível em: <<http://www.avvocaturastato.it/node/578>>. Acesso em: 10 set 2015.

25 *Ibidem*, p. 63.

26 PALMA, op. cit., p. 67; CORTESE, op. cit., p. 145.

defesa dos interesses egoístas do aparato da Administração burocrática, para assumir a nobre posição de garantidora da legalidade constitucional e da dinâmica funcional da ordem republicana”²⁷.

Para o exercício desse mister, reconhece-se, como dito, que a vinculação à Administração é meramente formal-administrativa e que o órgão conta com uma autonomia específica – chegando-se a comparar com a autonomia da magistratura²⁸. De fato, há quem sustente que a “dependência hierárquica” (leia-se, orgânica) da *Avvocatura dello Stato* em relação ao Primeiro-Ministro italiano possui a mesma natureza que a vinculação dos magistrados ao Ministro da Justiça²⁹.

De outra feita, boa parte das prerrogativas que confeririam ao órgão a referida autonomia são, na verdade, concentradas na pessoa do Advogado-Geral, que é considerado o único e real detentor das atribuições de representação jurídica do Estado. Essa concentração, que remonta à consolidação legislativa de 1933 (até hoje em vigor), também pode ser facilmente explicada pelo contexto político e pelo fascismo vigente à época, sempre marcado por centralização do poder³⁰.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ATRIBUIÇÕES DA ADVOCACIA DE ESTADO

Tanto a AGU quanto a *Avvocatura dello Stato* cumprem, como já afirmado, papel binário e exclusivo, sendo responsáveis únicos pelas atuações contenciosa e consultiva do Estado. Pela relevância de tais funções, alguns de seus aspectos merecem ser destacados.

A atuação contenciosa da Advocacia de Estado consiste, grosso modo, na representação judicial das entidades públicas, seja perante o Judiciário nacional, seja perante Tribunais e órgãos internacionais. A ampla abrangência de tal função nos modelos brasileiro e italiano reflete a evolução do papel da Advocacia de Estado em ambos os países.

27 PALMA, op. cit., p. 65.

28 CORTESE, op. cit., p. 144.

29 VIOLANTE, Luciano. Il ruolo dell'Avvocatura dello Stato fra legittimazione dell'autorità e difesa della parte amministrazione. *Rassegna Avvocatura dello Stato*, v. 01, 2015. p. 7. Roma: jun. 2015. Disponível em: <<http://www.avvocaturastato.it/node/578>>. Acesso em: 10 set. 2015.

30 “O Advogado-Geral é substancialmente o dominus de todas as funções, exercitando poderes específicos de avocação e revestindo o papel de uma espécie de ministro-sombra do contencioso da Administração Pública. A relação rigidamente hierárquica que liga os procuradores e o Advogado-Geral refletem diretamente os caracteres fundamentais do arranjo que a Administração Pública tinha dado ao regime fascista. [...] Ele é, no atual sistema, o real e único titular das funções consultivas e contenciosas, que exercita através da emanação de diretivas, circulares restritivas de poderes dos procuradores, avocação, substituição de procuradores em casos específicos por outros de sua confiança. Trata-se, evidentemente, de poderes exercidos legitimamente porque conferidos pela lei de 1933, mas não por isso insuscetíveis de discussão” (Ibidem, p. 6-7).

De fato, se em sua origem o escopo dessa representação era exclusivamente patrimonialista (visto que restrito à arrecadação fazendária), atualmente se vê que os órgãos da Advocacia Pública atuam em matérias das mais relevantes – inclusive, no que tange à tutela dos direitos fundamentais –, conferindo a mais ampla proteção ao interesse público primário. Na realidade, é razoável afirmar que a expansão da Advocacia de Estado e de suas atribuições acompanhou (e foi de certa forma provocada) pela atual tendência de ativismo judicial: de fato, sendo responsabilidade do órgão justamente a defesa do Estado e das políticas públicas, é natural que sua atuação seja cada vez mais exigida a partir do momento em que mais demandas sejam submetidas ao Judiciário.

A expansão não se limita, contudo, a essa vertente, observando-se diversos temas nos quais a Advocacia de Estado passou a ser convocada a atuar. O controle abstrato e concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal é hipótese que simboliza perfeitamente essa tendência, porquanto a Constituição Federal de 1988 expressamente atribuiu à AGU o papel de “curador da constitucionalidade” do ato impugnado³¹. A doutrina e jurisprudência, contudo, têm evoluído para atenuar a aparente obrigatoriedade de apresentação de defesa, sobretudo em casos que envolvam, por exemplo, ato que implique usurpação de competências da própria União ou lhe cause prejuízos, que representem contrariedade à jurisprudência do STF, ou que tenham sido combatidos em ação direta firmada pela própria da AGU enquanto representante judicial do Presidente da República³².

Aliás, tal papel reforça tudo que fora dito a respeito do posicionamento institucional da Advocacia de Estado no Brasil. Com efeito, enquanto “curador da constitucionalidade”, a AGU atua como legitimada “originária” (e não representando determinado órgão) e na defesa de ato de qualquer um dos três Poderes, o que comprova sua autonomia em relação aos mesmos.

Questão semelhante se coloca também para a *Avvocatura dello Stato*, já que o referido órgão tem sua participação em litígios constitucionais determinada pelo art. 20 da Lei 87/1953, sem que tivesse sido esclarecido, exatamente, qual o papel da Advocacia no processo³³.

31 Tal norma vem expressa no art. 103, §3º, que traz disposições acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

32 Referida discussão pelo Plenário do STF foi travada na Questão de Ordem na ADI 3916 (14/05/2010).

33 “De fato, essa disposição generalizou a presença da Advocacia de Estado para representar o Governo nas questões de constitucionalidade. Mas essa presença colocou a exigência de esclarecer qual é a função e, principalmente, a autonomia da Advocacia no contencioso constitucional: uma autonomia compreendida como gestão técnica independente da lide em relação aos parâmetros constitucionais do próprio contencioso. Qual será o interesse geral a ser representado em juízo? Tratar-se-á do interesse do Estado ou da legalidade constitucional, preordenada à reintegração do equilíbrio constitucional comprometido?” (CARDUCCI et MACRI, *op. cit.*, p. 175).

A peculiaridade da atuação do advogado público leva ao consequente reconhecimento de que é necessário um tratamento diferenciado para viabilizar a melhor defesa técnica possível. Embora processualmente se pudesse argumentar que não há diferenças para a atuação de advogados privados, não há como negar que, substancialmente, o direito defendido em juízo (isto é, o interesse público concretizado pela atuação estatal) detém certa preponderância³⁴.

No modelo italiano, há uma série de normas nesse sentido, concebidas, precipuamente, para superar dificuldades logísticas e estruturais da *Avvocatura dello Stato*. Para solucionar o problema do alargamento das funções do órgão na primeira metade do século XX, o Decreto Régio 1611/1933 criou o chamado “foro erarial”, através de dispositivo que atribuiu, para causas envolvendo o Estado, competência funcional e inderrogável do juízo onde houvesse sede da *Avvocatura*. O mesmo decreto previu, ainda, a obrigatoriedade de que todas as comunicações de ato processual fossem realizadas de forma pessoal na sede do órgão³⁵.

Registra a doutrina, ainda, que a norma que inaugurou o “foro erarial” teve sua inconstitucionalidade questionada – sem sucesso – perante a Corte Constitucional italiana, tendo o Tribunal assentado o entendimento, reiterado em outras oportunidades, de que a situação diferenciada da Administração Pública exige, da mesma forma, tratamento igualmente peculiar, de modo que não há violação ao princípio da isonomia³⁶.

Discussão semelhante já se colocou diversas vezes no Brasil, sempre com a mesma linha de raciocínio do Judiciário italiano. A ideia básica é a de que a existência de prerrogativas conferidas à Advocacia de Estado não viola, por si só, a isonomia, já que decorrem justamente da sensibilidade do interesse defendido em juízo, de modo que deve ser analisado, caso a caso, se a vantagem processual se afigura tolerável ou não, sempre à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade³⁷. Inclusive, tal tratamento também tem sustentação no princípio da “supremacia do

34 “Quanto à atividade defensiva do Instituto (e dos advogados individualmente incumbidos da função contenciosa), essa é processualmente idêntica àquela dos profissionais liberais, mas que, em razão da natureza dos sujeitos tutelados e da multiplicidade das jurisdições onde a função se desenvolve, a natureza de órgão público e sua independência técnica – enquanto a funcional confere-se aos advogados – alça a *Avvocatura dello Stato* ao nível de função (não jurisdicional) mas judicial” (CARAMAZZA, op. cit., p. 26).

35 CARDUCCI et MACRI, op. cit., p. 171.

36 CORTESE, op. cit., p. 156

37 Como sintetiza perfeitamente Leonardo Carneiro da Cunha em sua clássica obra, “a razoabilidade finca a aplicação do princípio da isonomia. As diferenças previstas em lei devem, portanto, decorrer de razões justificáveis, devendo, enfim, ter supedâneo na razoabilidade” (*A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 29).

interesse público”, que é visto como um dos pilares de qualquer aplicação de Direito Público³⁸.

No Brasil, uma das prerrogativas mais marcantes é a concessão de prazos especiais para manifestações da Fazenda Pública, o que a praxe consagrou como “benefício de prazo”. O art. 188 do Código de Processo Civil, por exemplo, que prevê prazo em quádruplo para contestar e em dobro para a recorrer, teve sua compatibilidade com a Constituição Federal questionada perante o Supremo Tribunal Federal, assentando-se o entendimento pela validade da norma, com base no argumento já esposado no sentido da peculiaridade do interesse defendido pela Advocacia de Estado³⁹.

Por outro lado, a interpretação dada ao referido artigo é literal e restritiva ao argumento de se tratar de norma discriminatória (ainda que válida, frise-se), de forma que, nas hipóteses não mencionadas no dispositivo ou naquelas em que o procedimento seja regido por leis específicas, a posição é pela não aplicação do art. 188 do CPC⁴⁰.

O Novo Código de Processo Civil brasileiro, convergente com tal posicionamento, manteve a previsão expressa de uma norma geral do “benefício de prazo”, desta vez aplicando apenas prazo em dobro para todas as manifestações da Fazenda Pública e positivando a questão da inaplicabilidade a situações regidas por regra específica. No mesmo sentido, também trouxe importante e explícita disposição exigindo intimação pessoal do Advogado Público para todos os atos processuais⁴¹, a exemplo da supracitada norma italiana.

Outros dois aspectos da atuação contenciosa demonstram a grande aproximação dos modelos italiano e brasileiro. O primeiro é o entendimento, já consolidado, de que a atuação judicial do Advogado do Estado exercida através de um mandato “ex lege”, pelo que se dispensa a apresentação de procuração. Enquanto no Brasil chegou-se a tal conclusão por interpretação sistemática⁴², o ordenamento italiano traz norma específica⁴³. O segundo é o poder requisitório detido individualmente pelo Advogado do Estado em face das entidades públicas, para que possa exercer sua função de defesa

38 Op. cit., p.30.

39 Conforme trecho extraído da ementa do Recurso Extraordinário nº 181.138/SP, julgado em 06.09.1994, “o benefício do prazo recursal em dobro outorgado as pessoas estatais, por traduzir prerrogativa processual ditada pela necessidade objetiva de preservar o próprio interesse público, não ofende o postulado constitucional da igualdade entre as partes.”

40 CUNHA, op. cit., p. 41 e seguintes.

41 Ambas as normas vêm expressas no art. 183 do Novo CPC. Vale esclarecer, por outro lado, que a Lei Orgânica da AGU (LC 73/1993) já prevê referida prerrogativa no art. 38.

42 Cf. Súmula 644 do Supremo Tribunal Federal.

43 Conforme o art. 1º do Decreto Régio 1611/1933.

judicial, estando positivado tanto na Itália (art. 14 do Decreto Régio 1611/1933) quanto no Brasil (art. 4º da Lei 9.028/1995).

Um distanciamento, contudo, deu-se justamente em relação ao controverso “foro erarial” italiano. Muito embora o Código de Processo Civil brasileiro tenha previsto competência funcional na capital dos estados para ações envolvendo a União⁴⁴, a Carta de 1988 praticamente tirou a efetividade dessa regra ao positivizar a denominada “competência delegada”, que conferiu aos autores a faculdade de ajuizar ação inclusive na Justiça Estadual de seu próprio domicílio caso não haja Vara Federal na localidade. Optou o Constituinte, portanto, por privilegiar o acesso à Justiça dos cidadãos, em detrimento da representação contenciosa do Estado – ou seja, uma decisão no sentido diverso da solução italiana.

Para fechar o ponto, é interessante destacar que a importância contenciosa da Advocacia de Estado não se limita, absolutamente, a uma efetiva atuação processual, o que se explica a partir de duas constatações fáticas. Em primeiro lugar, sabe-se que o sistema judiciário, em todos os países do mundo, precisa ser reformulado para garantir a plena concretização do direito fundamental do acesso à Justiça, já que as condições e estruturas atuais são insuficientes para a crescente demanda pelos cidadãos. Em segundo lugar, o próprio Estado-Administração é, notoriamente, o maior litigante. A título de informação, relevante pesquisa apontou que 45,25% das ações em trâmite no Brasil envolvem a União Federal – sendo o INSS o maior litigante nacional, com 22,33%⁴⁵. Qualquer tentativa de atenuar a crise, portanto, passa necessariamente pela AGU, sendo certo que, ao lado dos relevantes mecanismos alternativos de controvérsia já existentes, é possível destacar a consolidada faculdade que seus Membros têm para deixar de apresentar defesa, não apresentar recurso ou firmar acordos naquelas hipóteses de reiterada jurisprudência dos Tribunais sobre a matéria.

Não menos importante é a função consultiva, que se caracteriza pelo assessoramento jurídico⁴⁶ dos órgãos do Estado, sendo vista, pela doutrina clássica, como uma forma de “controle de legalidade” do (embrião) do ato administrativo. Não se pode negar, com efeito, que pareceres emitidos por membros da Advocacia de Estado, por mais que não ostentem, no mais das vezes, caráter vinculante, tornam mais improvável a edição de atos

44 Conforme art. 99, I.

45 CHAPARRO, Fernando Meneguetti. Análise das pesquisas da FGV e UFRGS sobre o panorama processual brasileiro e a necessária intervenção da Advocacia Pública. *Revista da AGU*, n. 39, p. 139, jan./mar. 2014. Brasília: 2014.

46 A doutrina costuma distinguir as atividades de “assessoramento” e “consultoria”. Enquanto o primeiro consistiria na atividade de mera orientação da instância administrativa, o segundo se manifestaria através de um ato próprio, de plena responsabilidade do Advogado Público e dotado de uma certa “vinculação” argumentativa em face do administrador (ALMEIDA, op. cit., p. 37).

administrativos ilegais, já que, caso o Administrador opte por manter a concretização do ato em detrimento de uma manifestação contrária da consultoria jurídica, deverá ao menos fundamentar a razão de fazê-lo⁴⁷.

Há, todavia, outra vertente apontada por moderna doutrina, a qual rechaça essa visão principalmente legalista, sobretudo considerando que, ao contrário da atividade contenciosa, a consultoria jurídica é marcada por um contato direto entre o Advogado Público e o Administrador, conferindo à Advocacia de Estado uma relevante capacidade de orientar a atuação administrativa. Por esse prisma, ao invés de “controle” fala-se em “tradução”, sendo papel do Consultor, antes de emitir interpretação pessoal, unilateral e definitiva que irá muitas vezes inviabilizar o ato, buscar envolver-se desde o início no processo de formulação do ato ou da política pública, aconselhando o Administrador a respeito das diversas interpretações judiciais que possam vir a ser dadas e atuando como verdadeira “ponte” entre o Direito e a Política⁴⁸.

Na realidade, fato é que na estrutura da Advocacia Pública Federal brasileira a atividade consultiva desdobra-se em uma série de atribuições⁴⁹ – as quais guardam, por óbvio, o mesmo cunho de função preventiva⁵⁰ - e em cada uma delas predomina ora um cunho mais legalista (como é o caso do parecer obrigatório e vinculante previsto no art. 38 da Lei de Licitações e Contratos), ora um forte cunho político (a hipótese mais notável parece ser o assessoramento prestado pelas Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios para a elaboração de atos normativos, o que vem previsto nos arts. 36 e 37 do Decreto 4.176/2002).

De toda forma, parece não haver dúvidas de que a atividade consultiva tem importante papel no respeito aos direitos fundamentais⁵¹ e na redução da litigiosidade⁵², seja por orientar a atividade administrativa para o rumo da legalidade, seja por auxiliar na produção de atos e políticas públicas de melhor qualidade técnica. Também na doutrina italiana se registram lições com essa mesma abordagem, no sentido de que, além de uma verificação legal-formal, tal atividade engloba uma “coordenação operativa entre órgãos e propulsão da atividade de decisão, ensejando sua valorização”, o

47 MOREIRA NETO, op. cit., p.89.

48 GUIMARÃES, op. cit., p. 11-12.

49 Em excelente sistematização, ALMEIDA aponta seis tarefas principais: fixação da interpretação da legislação; controle interno da legalidade dos atos administrativos; assessoramento jurídico na elaboração de atos normativos; exame de editais de licitação, contratos e instrumentos congêneres; envio de subsídios aos órgãos jurídicos do contencioso da AGU; realização de Termos de Ajustamento de Conduta e de Conciliações (op. cit., p. 37-46).

50 MOREIRA NETO, op. cit., p. 88.

51 ALMEIDA, op. cit., p. 09.

52 CARAMAZZA, op. cit., p. 27.

que consolida uma estrutura mais pluralística e democrática destinada a preservar a imparcialidade da atuação pública⁵³.

Uma peculiaridade do sistema italiano é o fato de o Conselho do Estado (órgão máximo da Justiça Administrativa) também exercer atividade consultiva. Contudo, há marcantes diferenças para a atuação da *Avvocatura dello Stato*. De plano, é certo que o Conselho de Estado, enquanto órgão jurisdicional, só atua quando provocado, ao passo que a *Avvocatura*, em certos casos, pode agir de forma oficiosa.

Por outro lado, o conteúdo da consulta também é bastante distinto, o que vem explicado inclusive por razões históricas. De fato, o Conselho de Estado tinha como papel original aconselhar de forma jurídico-administrativa o Monarca italiano, de forma que até hoje presta uma consultoria marcada por “auxílio de mérito”, mais ligada a “atos de alta administração” e de caráter bem mais formal e solene⁵⁴. A *Avvocatura dello Stato*, por outro lado, sempre possuiu função eminentemente legal, exercendo um “conselho de legitimidade” do ato administrativo⁵⁵, atuando de maneira muito mais geral e difundida, especialmente em matérias tradicionalmente afeitas a sua competência contenciosa.

O órgão italiano exerce atividade consultiva em basicamente dois grupos de hipóteses previstos no art. 13 do Decreto Régio 1611/1933. O primeiro, mais amplo, é chamado de “atividade consultiva geral”, já que envolve amplo espectro de atribuições, tais como o exame de projetos de atos normativos e a elaboração de minutas de contratos. O segundo grupo refere-se a “controvérsias atuais”, a respeito das quais a *Avvocatura* auxilia na preparação de ações, prevenção de litígios ou resolução de demandas através de mecanismos alternativos de solução de controvérsia⁵⁶.

Em ambos os casos, o posicionamento pacífico é que o parecer do Advogado Público não é vinculante, apesar de criar para a Administração o dever de fundamentar caso opte por não o acolher. Por outro lado, muito embora o supracitado dispositivo dê a entender que a atuação da *Avvocatura* sempre dependa de requerimento por parte da entidade pública interessada (ou seja, sugerindo sempre natureza “facultativa”), consagrou-se o entendimento de que para consultas envolvendo “controvérsias atuais” podem ser avocadas de ofício por parte da *Avvocatura dello Stato*⁵⁷.

53 SACCHETTO, Plínio. Imparzialità ed efficienza nell'attività consultiva. *Rassegna Avvocatura dello Stato*, v. 01/2015, p. 43-44. Roma: jun./2015. Disponível em: <<http://www.avvocaturastato.it/node/578>>. Acesso em 10.09.2015.

54 *Ibidem*, p. 46.

55 CARAMAZZA, op. cit., p. 27.

56 CORTESE, op. cit., p. 159.

57 CORTESE, op. cit., p. 159.

Nada obstante isso, outros diplomas legais trazem hipóteses em que expressamente há previsão de parecer “obrigatório” por parte da *Avvocatura dello Stato*, sobretudo em matérias que envolvam transação (art. 14 do Decreto Régio 2440/1923 e Lei 89/2001, por exemplo)⁵⁸.

Quanto à abrangência da atividade consultiva, pode-se dizer que a *Avvocatura dello Stato* atende a todas as entidades públicas abrangidas pela sua representação contenciosa, mas tal prestação não se estende àquelas pessoas físicas que, em razão de sua relação de trabalho com a Administração, poderiam ser defendidas pelo órgão nos casos envolvendo atos funcionais⁵⁹. No caso brasileiro, de modo diverso, a atividade consultiva prestada pela AGU é restrita aos órgãos do Poder Executivo Federal, apesar de a função contenciosa abranger todos os Poderes⁶⁰.

Por fim, existe importante órgão, criado no bojo da *Avvocatura dello Stato* e denominado de Comitê Consultivo, que merece considerações em razão dos princípios que representa. Referido órgão pode ser definido como uma estrutura de decisões colegiadas, formada pelo Advogado-Geral e outros seis Advogados do Estado, que cuida, basicamente, da uniformização das atuações consultiva e contenciosa da *Avvocatura*, além de deter a competência própria para, por delegação do Advogado-Geral, emitir pareceres em temas requeridos pela Administração Pública⁶¹.

O mais interessante a respeito do Comitê Consultivo é que tal órgão constitui expressão do princípio da “colegialidade”, extremamente destacado pela doutrina como forma de democratizar a instituição e auxiliar na elaboração das estratégias de atuação⁶². Além disso, também se ressalta a importância de tal princípio para solucionar possíveis conflitos entre a independência dos Advogados do Estado e a visão unitária da atuação do órgão, na medida que uma das atribuições do Comitê é justamente dirimir divergências práticas de opinião entre Membros no exercício de suas funções, sendo certo, por outro lado, que a colegialidade não se restringe

58 Outras hipóteses são listadas no *website* <http://www.avvocaturastato.it/node/86?q=node/91> (acesso em 10.09.2015), com remissão aos respectivos dispositivos legais.

59 Referida interpretação se extrai dos arts. 13 e 44 do Decreto 1611/1933: “Tal forma de assistência pode beneficiar os entes inseridos na defesa erarial de sede contenciosa (art. 47 do D.R. 1611/1933) e à diferença desta (cfr. art. 45 do D.R., sobre suporte legal fornecido em particulares condições aos dependentes dos entes patrocinados pela *Avvocatura dello Stato*) não é extensível a favor de pessoas físicas” (*website* <http://www.avvocaturastato.it/node/86> - acesso em 10.09.2015).

60 Por disposição literal do art. 131 da Constituição Federal de 1988.

61 Cf. art. 26 da Lei 103/1979.

62 BESTENTE, Giovanni. La questione della collegialità. *Rassegna Avvocatura dello Stato*, v. 01/2015, p. 28-29. Roma: jun./2015. Disponível em: <<http://www.avvocaturastato.it/node/578>>. Acesso em 10.09.2015.

à atividade do Comitê, devendo ser observada em toda a estrutura da *Avvocatura*⁶³.

Pode-se dizer que, no modelo brasileiro, o Conselho Superior da *Advocacia-Geral da União* guarda alguma semelhança com o Comitê Consultivo italiano, principalmente pela sua composição colegiada e suas funções diretivas dentro da instituição⁶⁴. De outra feita, sua competência se restringe a aspectos mais burocráticos, como matérias envolvendo nomeação, remoção e promoção dos Membros, enquanto atribuições atinentes à atuação prática e uniformização do órgão (a exemplo da edição de Súmulas e Pareceres Vinculantes) são incumbidas ao *Advogado-Geral da União*⁶⁵.

4 CONCLUSÃO

Se a análise dos aspectos práticos que envolvem a atuação do *Advogado do Estado no Brasil* e na Itália revela inúmeras semelhanças, inclusive no que diz respeito à extrema eficiência dos órgãos de ambos os países, a realidade ainda indica alguma distância quanto à questão institucional. Isto porque a evolução histórica por que passou o instituto do *Avvocatura dello Stato* fez com que, a despeito de não estar expressamente previsto na Constituição escrita, alcançasse um patamar mais consolidado se comparado com o órgão brasileiro.

Com efeito, à época do surgimento da *Advocacia-Geral da União* no Brasil, o qual veio previsto na Constituição Federal de 1988 e concretizado pela LC nº 73/1993, a *Avvocatura dello Stato italiana* já contava com 200 anos (considerada sua origem pré-unificação no Grão-Ducado da Toscana), havia mudado de denominação duas vezes, sobreviveu a diversos modelos de Estado – e, inclusive, a governos não democráticos – e já passara por duas importantes consolidações normativas em 1933 e 1979.

Como consequência dessa longa evolução, a *Avvocatura dello Stato* firmou-se como entidade das mais relevantes na estrutura italiana e obteve importantes conquistas, tanto no ponto de vista institucional, quanto do ponto de vista individual de seus Membros. Registra a doutrina, por exemplo, com base em precedente do Plenário do Conselho de Estado, que “as formas de autoadministração, autojurisdição e autogoverno

63 “Tal princípio – concretizado no Comitê Consultivo – constitui critério-guia de cada atividade profissional mesmo que fora da intervenção formal do órgão colegiado. Isso parece decorrente dos princípios inspiradores da reforma de 1979, sendo a atuação profissional incompatível com a ideia de hierarquia e suscetível de coordenação somente de coordenação colegiada funcional à adoção de uma orientação unitária do Instituto” (CARAMAZZA, op. cit., p. 26).

64 Cf. art. 7 e 8 da LC nº 73/1993.

65 Cf. art. 3º, XI e XII da LC nº 73/1993.

tendem a configurar status substancialmente assimilável, sob o perfil em consideração, àquele dos magistrados⁶⁶.

No mesmo sentido, destaque-se que a remuneração dos Advogados e Procuradores italianos é equiparada a dos juízes⁶⁷, além de haver previsão expressa da percepção de honorários de sucumbência desde o Decreto Régio 1611/1933, o que teve por escopo, segundo a doutrina, evitar que os Membros “fossem incentivados a se tornarem simples servidores públicos, cuidando, assim, de modo desinteressado das causas que eles pessoalmente acompanham”⁶⁸.

Já no caso brasileiro, atualmente, pode-se dizer que a Advocacia-Geral da União se encontra em patamar estrutural e remuneratório inferior não apenas à Magistratura, como também à Defensoria Pública e ao Ministério Público. Na contramão de tal contexto, todavia, estatísticas demonstram que a AGU vem alcançados percentuais cada vez maiores de êxito, além de se apresentar órgão extremamente superavitário dentro da estrutura da União Federal.

Tome-se, a título de exemplo, a situação do INSS. Como se disse acima, a Autarquia previdenciária foi proclamada a “campeã” entre os maiores litigantes nacionais; todavia, estudos demonstram que o percentual de sentenças desfavoráveis dificilmente ultrapassa o 10% dos casos judicializados⁶⁹, o que certamente comprova a eficiente atuação da AGU, desde o assessoramento preventivo do INSS até a sua efetiva defesa processual.

No mesmo sentido, importante pesquisa realizada na Justiça Italiana confirma o acerto da escolha pelo modelo de advocacia pública e exclusiva concentrada em um órgão. De fato, constatou-se que a *Avvocatura dello Stato* apresentou um êxito de aproximadamente dois terços das ações em que o órgão foi chamado a atuar e que a economia em relação ao valor de mercado cobrado no setor privado é de 90%, o que levou a conclusão de que “diferentemente de outros setores da Administração, a gestão do contencioso do Estado por um único órgão interno é muito mais rentável que uma defesa encarregada a profissionais liberais”, muito embora a evidente sobrecarga de trabalho de seus Membros, os quais lidam cada um com cerca de 4.000 processos ativos⁷⁰.

66 CARAMAZZA, op. cit., p. 29.

67 Cf. art. 1º da Lei 103/1979.

68 CORTESE, op. cit., p. 152.

69 Cf. Relatório Final de Gestão da PFE/INSS (setembro 2008 a janeiro 2011), disponível em http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/153320 (acesso em 10.09.2015)

70 CARAMAZZA, op. cit., p. 31.

Não custa lembrar que, na sociedade atual, a expansão das atribuições (e responsabilidades) do Estados nacionais enseja, conseqüentemente, aumento das funções e da importância da Advocacia de Estado, que é incumbida, inclusive, da defesa perante organismos internacionais e sistemas judiciários de outros países. Reconhecendo essa relevância e confirmando a estreita ligação entre a AGU e a Avvocatura dello Stato, Brasil e Itália firmaram Memorando de Entendimento de Cooperação em Representação Legal do Estado, em 11.04.2014, onde restou previsto que, em matérias de recuperação de ativos nas quais seja necessário a um país atuar perante a Justiça do outro, poderá requerer o patrocínio da Advocacia Pública local⁷¹.

No Brasil e na Itália, portanto, o modelo adotado confere à Advocacia de Estado um número crescente de atribuições que, como os próprios números demonstram, são exercidas com extrema eficiência e qualidade técnica, traduzindo, ainda, um significativo ganho para a tutela do interesse público, para a preservação dos direitos fundamentais e para a racionalização da atividade administrativa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos direitos fundamentais. *Revista da AGU*, n. 32, p. 8-49, abr./jun. 2012. Brasília: 2012.

ARAÚJO, Luiz Cláudio Martins de. Novos arranjos institucionais: redimensionamento das capacidades constitucionais pelo papel dialógico-democrático da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU*, n. 34, p. 9-36, out./dez. 2012. Brasília: 2012.

BESTENTE, Giovanni. La questione dela collegialità. *Rassegna Avvocatura dello Stato*, v. 01, 2015. p. 28-31. Roma: jun. 2015. Disponível em: <<http://www.avvocaturastato.it/node/578>>. Acesso em: 10 set. 2015.

CARAMAZZA, Ignazio Francesco. La difesa dello Stato in giudizio e la soluzione italiana. *Rassegna Avvocatura dello Stato*, v. 01, 2012. p. 6-31. Roma: jun./2012. Disponível em: <<http://www.avvocaturastato.it/node/578>>. Acesso em: 10 set. 2015.

CARDUCCI, Michele et MACRI, Michele. A Advocacia de Estado na Itália. In: PEDRA, Adriano Sant'Ana (coord.). *Advocacia Pública de Estado – estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 165-177.

71 Cfr. notícia veiculada no *website* http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/318192 (acesso em 10.09.2015).

CHAPARRO, Fernando Meneguetti. Análise das pesquisas da FGV e UFRGS sobre o panorama processual brasileiro e a necessária intervenção da Advocacia Pública. *Revista da AGU*, n. 39, p. 133-172, jan./mar. 2014. Brasília: 2014.

CORTESE, Fulvio. A assistência e a defesa jurídicas como funções administrativas: a Advocacia de Estado na Itália. In: PEDRA, Adriano Sant'Ana (coord.). *Advocacia Pública de Estado – estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 141-164.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2012. p. 29-71.

GUIMARÃES, Guilherme Francisco Alfredo Cintra. Advocacia de Estado, Administração Pública e Democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas. *Revista da AGU*, n. 30, p. 8-43, out./dez. 2011. Brasília: 2011.

LAMBRINI, Paola. In tema di “advocatus fisci” nell’ordinamento romano. Disponível em <https://www.academia.edu/2495547/In_tema_di_advocatus_fisci_nellordinamento_romano>. Acesso em 10.09.2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 116, p. 79-102, out./dez. 1992. Brasília: 1992.

PALMA, Giuseppe. Prospettive sul ruolo dell’avvocatura pubblica nell’articolazione costituzionale della repubblica. *Rassegna Avvocatura dello Stato*, v. 01/2013, p. 56-69. Roma: jun./2013. Disponível em: <<http://www.avvocaturastato.it/node/578>>. Acesso em: 10 set. 2015.

SACCHETTO, Plinio. Imparzialità ed efficienza nell’attività consultiva. *Rassegna Avvocatura dello Stato*, v. 01, 2015. p. 43-47. Roma: jun./2015. Disponível em: <<http://www.avvocaturastato.it/node/578>>. Acesso em: 10 set. 2015.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: Posição Institucional. *Revista de informação legislativa*, v. 30, n. 117, p. 187-102, jan./mar. 1993. Brasília, 1993.

VIOLANTE, Luciano. Il ruolo dell’Avvocatura dello Stato fra legittimazione dell’autorità e difesa della parte amministrazione. *Rassegna Avvocatura dello Stato*, v. 01/2015, p. 5-12. Roma: jun./2015. Disponível em: <<http://www.avvocaturastato.it/node/578>>. Acesso em: 10 set. 2015.



DIREITOS HUMANOS: IMIGRANTES E REFUGIADOS – ENFOQUE DOS DIREITOS MÍNIMOS NA UNIÃO EUROPÉIA E BRASIL

HUMAN RIGHTS: IMMIGRANTS AND REFUGEES – MINIMUM RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION AND IN BRAZIL

*Norma Silvia Queiroz de Paula'
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Migração e União Europeia – Principais rotas para entrada na Europa; 2 Os direitos humanos Específicos – A Carta dos Direitos Fundamentais e a União Europeia; 2.1 Da classe dos refugiados; 2.2 O princípio do *non-refoulement*; 2.3 Outras legislações aplicadas aos imigrantes e refugiados; 3 A cooperação intergovernamental e o Tratado de Maastricht; 4 A Questão dos Refugiados no Brasil; 5 Conclusão – Posição dos países europeus e a imigração; Referências.

¹ Atualmente tem sua atuação no Departamento de Contencioso dos Tribunais Superiores da Procuradoria Geral Federal (desde 2006). Formada em Direito e Administração pela Universidade Federal do Pará, especializou-se em Direito Público, em 1991, pela Universidade da Amazônia (UNAMA) e 2001 em Administração Financeira pela FGV. Exerceu magistério superior de 1980 a 1993 Faculdades Integradas Colégio Moderno (FICOM) e Universidade da Amazônia (UNAMA).

RESUMO: O presente artigo objetiva demonstrar a proteção legal dos direitos fundamentais mínimos de imigrantes e refugiados que fogem de seus países em razão dos conflitos internacionais e guerras civis - países devastados pela guerra, pela intolerância e pelo radicalismo ideológico fazem multidões arriscarem a vida para emigrar, e que atingem, na atualidade, em especial parte da África (Afeganistão e Eritreia) e Síria e Iraque. De acordo com um relatório da ONU, somente neste ano, mais de 220 mil imigrantes teriam chegado à Europa pelo Mediterrâneo. Os principais destinos dos imigrantes são Grécia, França, Itália, Inglaterra e Alemanha. As políticas adotadas por organismos internacionais, em especial a UE e ONU, no processo de implementação de medidas e políticas públicas para a proteção de direitos humanos fundamentais de imigrantes e refugiados, face a composição de quadro de responsabilidades compartilhadas dos países que a compõe.

PALAVRAS-CHAVE: Migrantes. Direitos Humanos. Direitos Mínimos. União Europeia.

ABSTRACT: The present article aims to demonstrate the legal protection of minimum fundamental rights of immigrants and refugees fleeing their reason countries of international conflites and civil war - countries ravaged by war, intolerance and ideological radicalism that make crowds risk their lives to emigrate and reaching today in special part of Africa (Eritrea and Afghanistan), and Syria and Iraq. According to a ONU report, only this year, more than 220 thousand immigrants have arrived in Europe at Mediterranean. The main destinations are Greece, France, Italy and Germany. The policies adopted by international organizations, in particular the UE and the ONU in the process of implementation of measures and policies for the protection of fundamental human rights of immigrants and refugees, face the responsibility framework of shared composition of the countries that.

KEYWORDS: Migrants. Human Rights. Minimum Rights. European Union.

INTRODUÇÃO

O mundo tem acompanhado de perto, um dos maiores desafios enfrentados pela UE nos últimos anos - a questão da imigração. Pessoas que anseiam oportunidades e começo de nova vida, já que deixam seu país de origem na maioria das vezes visando a sobrevivência. Nosso enfoque em especial está direcionado aos direitos à proteção aos refugiados consagrado no direito internacional.

1 A MIGRAÇÃO E A UNIÃO EUROPÉIA

O continente europeu vivencia a maior crise humanitária desde a Segunda Guerra Mundial, com a chegada de imigrantes e refugiados que fogem das guerras civis, da fome e da pobreza.

Milhares de pessoas vindas em especial da Eritreia, Afeganistão, Somália, Síria e Iraque, têm arriscado suas vidas para fazer a travessia entre continentes, Mar Mediterrâneo, em busca de garantias de sobrevivência mínimas e de dignidade enquanto seres humanos, utilizando meios precários (botes infláveis) para chegar à Europa.

A Grécia, a Itália e a Hungria são as principais portas de entrada de imigrantes para a Europa devido à proximidade territorial com a nações do Oriente Médio e do norte da África que enfrentam situações de instabilidades internas e guerras.

A União Europeia é uma das regiões com mais recursos no mundo. Apesar das dificuldades econômicas de alguns países, o desafio se apresenta no sentido de viabilizar programas para acolher e garantir o mínimo de recursos para brigar os imigrantes.

Recentemente, em 19 de setembro a UE conseguiu aprovar tomando por base o tamanho da população, PIB e níveis de desemprego, a UE que estabelece cotas para o abrigo de refugiados por parte dos países-membros

A título de ilustração, para melhor entendermos o processo, vejamos mapa que mostra a rota escolhida pelos imigrantes para entrar no continente europeu.

- Principais rotas para entrada na Europa



PRINCIPAIS ROTAS

1 →

Da região de Tanger e Casablanca (Marrocos) a Melilla e Tarifa (Espanha)

2 →

Da região de Nador, no nordeste de Marrocos, às cidades de Almeria e Málaga (Espanha)

3 →

Da Líbia e Tunísia a Malta, Lampedusa (Itália) e Sicília (Itália)



ENTRADAS IRREGULARES NA EUROPA POR MAR

2013

40 mil pessoas conseguiram entrar

2014

42 mil apenas no primeiro semestre

ÚLTIMOS CASOS

24.ago.2014

Guarda Costeira da Líbia diz que cerca de 250 imigrantes que pretendiam chegar à Europa morreram após o barco em que estavam afundar, a um quilómetro da costa

11.fev

Acnur afirma que cerca de 300 pessoas desapareceram e foram declaradas mortas após os quatro barcos que as levavam da Líbia para a Europa naufragarem

12.abr

Cerca de 400 imigrantes que tentavam chegar à Itália desaparecem após naufrágio do barco no mar Mediterrâneo. Eles estavam numa embarcação com 550 passageiros

2 OS DIREITOS HUMANOS ESPECÍFICOS – A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A UNIÃO EUROPEIA

O Conselho Europeu de Colônia, em junho de 1999, considerou oportuno consagrar em um só documento os direitos fundamentais em vigor ao nível da União Européia, bem como os direitos económicos e sociais consagrados na Carta Social do Conselho da Europa e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores. Refletiria também os princípios decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Finalmente forma reunidos em um só documento os direitos que anteriormente se encontravam dispersos por diversos instrumentos legislativos, como a legislação nacional e da UE, bem como as convenções internacionais do Conselho da Europa, das Nações Unidas (ONU) e da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Conferindo visibilidade e clareza aos direitos fundamentais, a Carta cria segurança jurídica dentro da UE, formalmente adotada em Nice em dezembro de 2000, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho Europeu e pela Comissão Europeia, já com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em dezembro de 2009, tal qual os tratados, a Carta foi investida de efeito jurídico vinculativo.

A *Carta dos Direitos Fundamentais* da União Européia, segundo se extrai da lição de Nádia de Araújo, além de consagrar o princípio da dignidade humana, vinculou em definitivo, os direitos humanos aos direitos fundamentais – pois, “ com o tempo, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, económicos, sociais e culturais que as Constituições e os instrumentos internacionais oferecem solenemente aos indivíduos e às coletividades. Há uma indissociável vinculação entre dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, sendo aquela um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo”.²

A Carta dos Direitos Fundamentais da UE contém os seguintes capítulos:

- capítulo I: *dignidade* (dignidade do ser humano, direito à vida, direito à integridade do ser humano, proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes, proibição da escravidão e do trabalho forçado);

² DE ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 26.

- capítulo II: *liberdades* (direito à liberdade e à segurança, respeito pela vida privada e familiar, proteção de dados pessoais, direito de contrair casamento e de constituir família, liberdade de pensamento, de consciência e de religião, liberdade de expressão e de informação, liberdade de reunião e de associação, liberdade das artes e das ciências, direito à educação, liberdade profissional e direito de trabalhar, liberdade de empresa, direito de propriedade, direito de asilo, proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição);
- capítulo III: *igualdade* (igualdade perante a lei, não discriminação, diversidade cultural, religiosa e linguística, igualdade entre homens e mulheres, direitos das crianças, direitos das pessoas idosas, integração das pessoas com deficiência);
- capítulo IV: *solidariedade* (direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa, direito de negociação e de ação coletiva, direito de acesso aos serviços de emprego, proteção em caso de despedimento sem justa causa, condições de trabalho justas e equitativas, proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho, vida familiar e vida profissional, segurança social e assistência social, proteção da saúde, acesso a serviços de interesse económico geral, proteção do ambiente, defesa dos consumidores);
- capítulo V: *cidadania* (direito de eleger e de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu e nas eleições municipais, direito a uma boa administração, direito de acesso aos documentos, Provedor de Justiça Europeu, direito de petição, liberdade de circulação e de permanência, proteção diplomática e consular);
- capítulo VI: *justiça* (direito à ação e a um tribunal imparcial, presunção de inocência e direitos de defesa, princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas, direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito);
- capítulo VII: *disposições gerais*.

Pelo princípio da subsidiariedade, a Carta é aplicável às instituições europeias, aos países da UE sempre que apliquem a legislação da UE, não podendo estender as competências e as funções que lhes são conferidas pelos Tratados.

Se algum dos direitos corresponder aos direitos garantidos pela *Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, esses direitos deverão ter um sentido e âmbito de aplicação iguais aos determinados pela convenção, embora a legislação da UE possa prever uma proteção mais abrangente. Quaisquer direitos resultantes das tradições constitucionais comuns dos países da UE devem ser interpretados de acordo com essas tradições.

Mister ressaltar também o *Protocolo (n.o) 30* aos Tratados, relativo à aplicação da Carta à Polônia e ao Reino Unido, restringe a interpretação da Carta pelo Tribunal de Justiça e pelos tribunais nacionais destes dois países, em especial no que diz respeito aos direitos relacionados com a solidariedade (capítulo IV).

2.1 Da classe dos refugiados

Convém ressaltar que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

Em recente plano, tomando por base o tamanho da população, PIB e níveis de desemprego, a UE encaminhou e aprovou plano controverso que estabelece cotas para o abrigo de refugiados por parte dos países-membros, tentando dessa forma aliviar a pressão dos países na costa do Mar Mediterrâneo, que recebem o maior contingente de imigrantes.

2.2 O princípio do non-refoulement

Não se pode olvidar que um princípio também importante acolhido pela União Europeia na Diretiva 83/2004, é o princípio do non-refoulement, que tem por base as normas mínimas relativas às condições a serem preenchidas por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem se beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional.

Selecionamos alguns artigos sobre o tema.

Preceitua o art. 21, que, “os Estados membros devem respeitar o princípio da não-expulsão, de acordo com as suas obrigações internacionais. Esta norma deve ser aplicada aos refugiados como aos requerentes de asilo, eliminando qualquer tipo de dúvida sobre a sua aplicação: “formalmente reconhecidos ou não.

Em razão da existência de exceções que resguardam à sua soberania, o princípio do non-refoulement não tem caráter absoluto.

Além do non-refoulement, ou não-devolução, aos refugiados precisam ser garantidos os direitos sociais, econômicos e culturais, mediante políticas públicas voltadas à sua assistência e integração, em especial para garantia do direito à saúde, ao trabalho e à educação.

2.3 Outras legislações não menos importantes, aplicadas aos imigrantes e refugiados

1. *Convenção de Genebra* - Muitos países não estão cumprindo o Estatuto do Refugiado da Convenção de Genebra, de 1951, que estabelece “a proteção que um Estado oferece a pessoas que não são seus nacionais e cuja vida ou liberdade está em perigo por atos, ameaças e perseguições das autoridades de outro Estado”.
2. *Carta de Direitos Fundamentais da UE* - O artigo 9, “Direito ao asilo”, tem sido desrespeitado, bem como o artigo 6, que afirma a “obrigatoriedade de registrar todas as solicitações de proteção internacional que sejam apresentadas”.
3. *Convênio Europeu de Direitos Humanos* - Os artigos 3, 13 e o protocolo 4º têm sido violados com as atitudes de países europeus na atual crise migratória. É uma das tábuas de direitos mais descumpridas pela União Europeia (UE). Em 2014, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, obrigou a Espanha a manter em território nacional 30 saarauís (habitantes autóctones do Saara Ocidental – povo do deserto) aos quais o país se recusou conceder asilo, em 2011.

3 A COOPERAÇÃO INTERGOVERNAMENTAL E O TRATADO DE MAASTRICHT

Em decorrência da soberania dos Estados, não é nada usual a sua cooperação com relação de decidir a respeito da entrada e saída de estrangeiros no seu país. Todavia, a partir de 1975 há a instituição da cooperação internacional entre os países da União Europeia.

Com o intuito de harmonizar a matéria de asilo, em 1992, os Estados adotaram as Resoluções de Londres que englobavam os seguintes documentos: a Resolução sobre os pedidos de asilo manifestamente infundados, a Resolução relativa à abordagem harmonizada das questões

referentes ao país terceiro de acolhimento, e as conclusões sobre o país onde não são verificados riscos de perseguição.

Nos últimos anos, tais conceitos foram sendo transformados em lei em alguns países e os pedidos de asilo a refugiados foram feitos tendo como base o princípio de que estes devem ser analisados individualmente.

Com o advento do Tratado de Maastricht de 1992, houve a adoção da Convenção de Dublin, a adoção de uma Posição Comum na aplicação do conceito de refugiados: a Resolução sobre Garantias Mínimas nos procedimentos de Asilo e a Resolução sobre proteção temporária, incluindo um procedimento de emergência de alerta para partilha de encargos.

Ou seja, o Tratado de Maastricht colocou como sendo prioridade a política europeia de imigração e o direito ao asilo deveriam ser tratados com imparcialidade, urgência e individualidade.

Destacamos, em especial, alguns artigos:

O artigo 3º - frequentemente o mais utilizado para proteger os refugiados e os solicitantes de asilo, outros artigos também podem ser invocados para assegurar que os seus direitos humanos sejam respeitados. Particularmente, o artigo 4º (proibição do trabalho forçado ou compulsório), artigo 5º (privação de liberdade), artigo 6º (direito à audiência justa e imparcial “dentro de um prazo razoável”), artigo 8º (respeito à privacidade e à vida em família), artigo 9º (direito à liberdade de pensamento, consciência e religião), artigo 10º (direito à livre expressão), artigo 13º (direito de obter solução efetiva diante de uma autoridade nacional) e o artigo 16º (nenhuma restrição às atividades políticas de estrangeiros) podem oferecer proteção substancial.

4 A QUESTÃO DOS REFUGIADOS NO BRASIL

A legislação brasileira prevê também o refúgio para as pessoas que são obrigadas a deixar seu país em razão de grave e generalizada violação dos Direitos Humanos, decorrente, por exemplo, de conflitos armados e guerra.

A política de imigração no Brasil é ditada, principalmente, por dois instrumentos jurídicos: a lei 6815/80, o Estatuto dos Estrangeiros, e a lei 9474/97, o Estatuto dos Refugiados. A primeira, promulgada no período do regime militar, reflete uma ideologia nacionalista e restritiva em relação à permanência de estrangeiros, enquanto a última é fruto da abertura política e da inserção internacional do Brasil na segunda metade dos anos 90. Neste período, o Estado brasileiro aderiu a diversos instrumentos internacionais relativos a proteção dos direitos humanos e promoveu reformas legais para adequar as leis internas às obrigações internacionais.

O Estatuto dos Refugiados, assim, reflete uma ideologia orientada pelo discurso universalista centrado no princípio da dignidade da pessoa humana. Do ponto de vista jurídico, a lei 9474/97, é considerada um avanço ao delimitar direitos e deveres que garantem uma sobrevivência digna aos estrangeiros que adquirem a condição de refugiado. Por outro lado, a lei 6815/80 é informada pelo objetivo de garantir, sobretudo, a proteção do trabalhador nacional, conferindo ampla discricionariedade ao poder público para estabelecer as possibilidades para a aquisição do visto de residência permanente, geralmente via resoluções normativas. Na prática, o visto permanente substitui a aquisição da nacionalidade em decorrência do vínculo matrimonial, hipótese inexistente no direito pátrio, garantindo aos estrangeiros, casados ou em união estável com nacionais brasileiros, o direito de obter a residência permanente. O resultado é uma política migratória excludente e, ao mesmo tempo, protetiva em relação aos brasileiros que mantenham vínculo afetivo com nacionais estrangeiros, garantindo a permanência destes em território nacional. Por outro lado existem resoluções normativas que regulamentam a concessão de visto permanente para investidores, limitando, assim, os casos de concessão a fatores econômicos ou para fins de união de família.

Consequentemente, as possibilidades do estrangeiro se estabelecer e trabalhar no país ficam restritas a situações muito específicas, excluindo a maior parte dos estrangeiros que se encontram em território nacional em busca de trabalho do âmbito de aplicação do estatuto legal. O resultado é a crescente presença de imigrantes ilegais em território nacional que se sujeitam a condições de trabalho indignas e, muitas vezes, análoga à condição de escravo, vivendo na clandestinidade e sujeitos a privação de direitos fundamentais. Em direção oposta, o Estatuto dos Refugiados é inclusivo e potencialmente oferece a possibilidade de um tratamento mais favorável ao estrangeiro que seja vítima de perseguição, enquanto permaneça o motivo que fundamente a concessão da condição de refugiado. Não obstante, devido à distância do território brasileiro de áreas de conflito envolvendo grande número de refugiados, o país é pouco procurado por potenciais candidatos à condição de refugiado. Em contrapartida, a aplicação do Estatuto dos Refugiados em casos concretos revela fragilidades que resultam em práticas contrárias aos propósitos do mesmo. Este é o caso envolvendo estrangeiros provenientes de áreas em conflito que são aliciados por quadrilhas especializadas em tráfico internacional de pessoas que se valem de brechas legais para a prática deste tipo de crime.

A lei 9474/97 incluiu ainda a criação do CONARE - Comitê Nacional para os Refugiados, órgão colegiado de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça, destinado a emitir parecer favorável ou não à concessão da condição de refugiado regulamenta a condição jurídica do refugiado, conceituando quais as situações que justificam a concessão do refúgio, direitos e deveres dos refugiados, efeitos jurídicos decorrentes da concessão do refúgio, bem como hipóteses de cessação, e até mesmo a possibilidade de expulsão do refugiado.

Além disso, o Estatuto institui procedimentos específicos para o pedido de refúgio, incluindo a criação do CONARE, o Comitê Nacional para os Refugiados, órgão colegiado destinado a emitir parecer favorável ou não à concessão da condição de refugiado.

Na atual situação, o Brasil tem se destacado, apresentando medidas concretas para facilitação de vistos de entrada a sírios que buscam refúgio no Brasil. De acordo com o Comitê Nacional para os Refugiados, já são cerca de 8,4 mil pessoas.

5 CONCLUSÃO: POSIÇÃO DOS PAÍSES EUROPEUS E A IMIGRAÇÃO

Considerando a invasão de imigrantes ao continente europeu, há um grande desafio de avançar na articulação, coordenação e harmonização de políticas adotadas pelos Estados da União Europeia, no enfrentamento do crescente fluxo migratório, para amenizar a crise. Estima-se que nos últimos meses 500 mil pessoas cruzaram o Mar Mediterrâneo e 3 mil morreram no mar. No último 02.09.2015, um fato abalou o mundo. Após a divulgação da foto de um garoto sírio vítima de naufrágio, foi deflagrada uma comoção em território europeu, para dar abrigo aos refugiados imigrantes, com base no valor da solidariedade de se compor um quadro de responsabilidades estatais compartilhadas, com apoio de organismos internacionais como ONU e UE.

Destaca-se, além do plano de cotas entre os países da UE, outra medida importante é que prevê maior ação na fonte do problema, ajuda a países como a Turquia, Líbano e Jordânia, que já abrigam milhares de exilados das guerras do Oriente Médio.

Segundo dados, recentemente, a Hungria fechou suas portas para os refugiados que tentam entrar na UE pelo país. Aplicando detenção a quem cruzar a fronteira ilegalmente.

O Conselho de Ministros discutiu decreto de um estado de emergência por causa da “migração maciça”, o que facilitaria a adoção de medidas governamentais extraordinárias para barrar os refugiados.

REFERÊNCIAS

DE ARAÚJO, Nádia. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, Editora Renovar, 2011.

DUARTE, Maria Luísa. *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*. Almedina, 2010.

WAISBERG, Tatiana. *Manual de Direito Internacional Privado*. LTr Editora Ltda, nov. 2013.

DEL' OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Privado*. 11. ed. Forense, 2015.

Sítios eletrônicos consultados:

<<http://bit.ly/1U4cZ2j>>

<<http://jus.com.br/artigos/25892/asilo-a-refugiados-na-uniao-europeia-a-construcao-de-um-espaco-comum-de-protecao-e-de-solidariedade/2#ixzz3n0KchcIs>>

<<http://jus.com.br/artigos/25892/asilo-a-refugiados-na-uniao-europeia-a-construcao-de-um-espaco-comum-de-protecao-e-de-solidariedade#ixzz3n0LeLe9g>>

<http://oglobo.globo.com/mundo/paises-da-uniao-europeia-violam-tratados-em-comum-ao-recusarem-refugiados-17386579#ixzz3n0FTiBeF>
www.europa.eu/index_pt.htm

TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO E DIREITOS HUMANOS: BREVES CONSIDERAÇÕES

*OUTSOURCING IN THE PUBLIC SECTOR AND HUMAN
RIGHTS: BRIEF CONSIDERATIONS*

*Priscila Bessa Rodrigues
Advogada da União*

Especialista em Direito, Estado e Constituição, pela Universidade Candido Mendes

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução histórica da terceirização de serviços no Brasil; 2 Proteção internacional do Direito ao Trabalho e violação aos Direitos Humanos no Brasil; 3 Terceirização na Administração Pública: questões atuais; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho analisa o instituto da terceirização de serviços na Administração Pública. O artigo inicia com a definição de terceirização de serviços e as razões para o seu uso, dando ênfase na legislação e na jurisprudência pátria produzidas ao longo dos anos sobre o tema. Se por um lado houve avanços com a promulgação da Constituição Federal de 1988, atualmente verifica-se a prevalência da flexibilização das relações de trabalho ao argumento das demandas de mercado, com riscos para os direitos humanos, retirando do trabalho a sua característica de inclusão social. Revela-se, assim, a necessidade de se assegurar a prevalência dos direitos fundamentais para que os trabalhadores possam usufruir de uma rede normativa trabalhista adequada.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização no Serviço Público. Direito do Trabalho. Direito ao Trabalho. Direitos Humanos. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This paper analyzes the institute of outsourcing of the services in the public administration. It begins with a definition of outsourcing and the reasons for its use, with emphasis on Brazil's legislation and jurisprudence produced all over the years. While on the one hand there has been progress with the enactment of the current Constitution, nowadays has prevailed labour flexibilization, based on the argument of market demands, with human rights risks, removing from the employment its characteristic of social inclusion. The need to rescue the fundamental rights emerges in order to guarantee that workers have adequate access to labor protection system.

KEYWORDS: Outsourcing in the Public Sector. Labor Law. Right to Work. Human Rights. Human Dignity.

INTRODUÇÃO

Este artigo busca, em linhas gerais, pôr em debate a aplicação do Direito no âmbito da terceirização de serviços na Administração Pública, frente a uma nova realidade social, diferente daquelas que orientaram as construções teóricas da dogmática jurídica. A partir da análise da legislação de regência e da jurisprudência sobre o tema pretende-se fazer o contraponto entre o fim perquirido pela lei com a realidade vivenciada pelos empregados terceirizados no serviço público, em especial pela leitura de campo das audiências trabalhistas nas Varas do Trabalho do Tribunal Regional da 10ª Região e pela observância da rotina dos terceirizados dentro dos órgãos públicos,¹ ressaltando a diferença entre o “dever ser” da dogmática jurídica e o que de fato ocorre no dia-a-dia.

Dentro deste quadro, em relação aos efeitos sociais da lei, analisar-se-á a ênfase dada na democratização e no maior acesso ao Judiciário, mostrando que a propaganda feita neste sentido apresenta algumas falhas e contradições, sobretudo diante do cenário atual da terceirização de serviços, caracterizado pela precariedade dos serviços, pela alta rotatividade das empresas e pela violação aos direitos humanos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NO BRASIL

A terceirização de serviços pode ser caracterizada como o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente.² Em outras palavras, é a relação trilateral formada entre o trabalhador, o intermediador de mão de obra e o tomador de serviços, marcada pela não coincidência do empregador real com o formal.³ Ou seja, a terceirização materializa-se quando uma empresa desloca para um terceiro parte da sua própria atividade, ou quando incorpora o trabalho de terceiros em seus quadros.

A triangulação propiciada pela terceirização de serviços desafia o modelo dual do contrato de emprego,⁴ cujos elementos fáticos-jurídicos estão definidos nos arts. 2º e 3º do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de

1 A autora laborou na Coordenação Trabalhista da Procuradoria-Regional da União da 1ª Região no período de agosto de 2010 a junho de 2013, período no qual atuou perante o Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, na 1ª e 2ª instâncias, na defesa dos órgãos da administração direta do Poder Executivo Federal, com sede no Distrito Federal.

2 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 473.

3 CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 510.

4 PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção trabalhista e marginalidade social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional e inclusão*. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010. p. 17.

1943, que aprovou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).⁵ Não é despidendo registrar que o contrato de emprego é o núcleo central que possibilita a incidência de normas sociais trabalhistas protetivas.⁶ Assim, o modelo trilateral da terceirização deve ser visto como uma exceção na contratação da força de trabalho, sob pena de ir de encontro com a estrutura teórica e normativa original do Direito do Trabalho.⁷

O art. 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, é por muitos considerado como a primeira referência legal à terceirização no âmbito do serviço público, de seguinte teor:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

5 Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

6 PORTO, op. cit., p. 14.

7 De acordo com Gabriela Neves Delgado e Ana Carolina Paranhos de Campos Ribeiro, o "Direito do Trabalho consiste em instrumento jurídico de promoção da dignidade humana na medida em que contribui para a afirmação da identidade individual do trabalhador, de sua emancipação coletiva, além de promover sua inclusão regulada e protegida no mercado de trabalho. Por meio de contínuo aperfeiçoamento, o Direito do Trabalho promove os ideais de justiça social e de cidadania, ambos relacionados à salvaguarda da dignidade humana – diretriz norteadora do Estado Democrático de Direito." DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 199-219, abr./jun. 2013.

Sucedeu-se a esse diploma legal o parágrafo único do art. 3º da Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970, que foi delineando as atividades passíveis de terceirização no serviço público, aos seguintes termos:

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Posteriormente, o Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997, enumerou as atividades a serem desenvolvidas, preferencialmente, por terceiros na Administração Pública Federal, assim como impôs limites aos gestores no uso da terceirização. No campo privado, a terceirização foi disciplinada a partir da década de 70 para as hipóteses de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974) e de vigilância bancária (Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983).

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) atento ao aumento da terceirização para além das hipóteses permissivas dos dispositivos acima mencionados, e atento à ausência de disciplina específica, passou a definir por intermédio da sua jurisprudência as possibilidades e os limites jurídicos do processo de terceirização no mercado brasileiro.

A Súmula nº 256 do TST, definida em setembro de 1986, era lavrada aos seguintes termos:

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

O caráter restritivo da Súmula nº 256, aliado à experiência jurisprudencial ao longo dos anos, conduziram à revisão da mencionada Súmula, com a edição da Súmula nº 331 pelo TST, que atualmente apresenta a seguinte redação:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE
(nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res.
174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Ressalta-se que o item IV da Súmula nº 331 recebeu nova redação e os itens V e VI foram acrescentados para abarcar e delimitar a responsabilidade do ente público após o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 16, pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Tal decisum declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, isentando a Administração Pública de responsabilidade fundamentada exclusivamente na culpa presumida, nos casos de inadimplência dos encargos trabalhistas pelas empresas terceirizadas. Assim, para fins de responsabilização do Poder Público, deve ser demonstrada, no caso concreto, sua incúria na escolha da pessoa jurídica fornecedora do serviço, e/ou na fiscalização da execução do contrato, culpa in eligendo ou in vigilando, respectivamente, institutos de direito privado aplicáveis supletivamente aos contratos administrativos por força do art. 54, caput, da Lei nº 8.666/1993.

Contudo, ao invés de pacificar a questão, o julgamento da ADC nº 16 pelo STF implicou na manutenção de decisões díspares no âmbito das Turmas do TST quanto à forma de comprovação da culpa do ente público.⁸ Há julgados que absolvem o ente público na hipótese de condenação pelas instâncias ordinárias fundamentada no mero inadimplemento da empresa contratada, sem delimitação da culpa do ente público,⁹ e outros julgados que determinam o retorno dos autos à origem para nova análise do quadro fático-probatório.¹⁰ Em algumas Turmas prevalece o entendimento de que o ônus da prova da fiscalização das obrigações trabalhistas é do ente público,¹¹ e em outras Turmas prevalece que caberia ao reclamante comprovar que o ente público não fiscalizou o contrato.¹² O tema continua sem definição após reconhecida a repercussão geral no Recurso Extraordinário (RE) nº 603.397, substituído pelo RE 760.931, de relatoria da Ministra Rosa Weber, pendente de julgamento no STF.

Em meio à tensão de milhares de recursos sobrestados face à indefinição ente o STF e o TST acerca do tema, o Projeto de Lei nº 4.330/2004, que dispõe sobre os contratos de terceirização e as relações de trabalho deles decorrentes, foi votado em regime de urgência e aprovado na Câmara dos Deputados em abril do corrente ano. Dentre as disposições do projeto de lei destacam-se a possibilidade de terceirizar parcela de qualquer atividade do contratante sem distinção entre atividade fim e atividade meio; a responsabilização solidária em caso do inadimplemento de determinadas parcelas salariais; e a sua não aplicação aos contratos de terceirização no âmbito da Administração Pública. O projeto de lei encontra-se no Senado Federal para votação.¹³

2 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO AO TRABALHO E VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A pouca atenção dispensada pelo Poder Público ao fenômeno da terceirização de serviços e as condições precárias a que estão submetidos os trabalhadores terceirizados no serviço público reforçam o que há muito tempo vem sendo alertado por Antônio Augusto Cançado Trindade, no

8 Nesse sentido, o Parecer nº 004/2014-AMFBA/DTB/PGU/AGU, de 07.01.2014, da Dra. Anna Maria Felipe Borges Amaral, Advogada da União.

9 Processo nº TST-RR-568-80.2010.5.03.0026, DEJT de 24.04.2015.

10 Processo nº TST-RR-33900-13.2008.5.07.0021, DEJT de 28.08.2015.

11 Processo nº TST-RR-2731-18.2012.5.02.0082, DEJT de 19.12.2014.

12 Processo nº TST-AIRR-199-59.2013.5.15.0087, DEJT de 26.06.2015.

13 Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120928>>. Acesso em: 28 set. 2015.

sentido de que “A visão atomizada ou fragmentada dos direitos humanos leva inevitavelmente a distorções, tentando postergar a realização dos direitos econômicos e sociais e um amanhã indefinido”.¹⁴

Os direitos humanos, aqui entendidos como núcleo essencial de direitos, inerentes a todas as pessoas, que permitem diferenças na sua aplicação em razão do seu caráter multicultural,¹⁵ não podem ser deixados em segundo plano. Segundo Flávia Piovesan,¹⁶ os Direitos Humanos não são absolutos, estáticos, ou imodificáveis, mas, sim, encontram-se em constante processo de elaboração e redefinição. Além disso, possuem particularidades culturais e caracterizam-se pela especificação de sujeitos de direitos, já que a efetiva proteção dos direitos humanos demanda não apenas políticas universalistas, mas também específicas, voltadas a grupos vulneráveis, sendo essa particularidade compatível com sua universalidade e indivisibilidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, assim dispôs ao tratar do Direito ao Trabalho:

Artigo 23

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

14 TRINDADE, Antônio A. Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos. In: SOUSA JR., José Geraldo et al. *Educando para os direitos humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade*, v. 1. Porto Alegre: Síntese, 2004.

15 ALVES, José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos Como Tema Global*. São Paulo: Perspectiva, 1995.

16 Sobre o multiculturalismo, consultar: PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. Sur. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 1, n. 1, São Paulo: 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&tlng=pt>. Acesso em: 08 set. 2015.

Mesmo antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), por intermédio da formulação e aplicação de diversas normas internacionais do trabalho, já fornecia um mínimo de proteção aos trabalhadores. A Declaração de Filadélfia de 1944, relativa aos fins e objetivos da OIT, destaca-se por reafirmar quatro princípios fundamentais: que o trabalho não é uma mercadoria; que a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto; que a penúria é uma ameaça à prosperidade de todos; e que a luta contra a carência deve ser tripartite, envolvendo representantes do Estado-Membro, dos trabalhadores e dos empregadores. Ou seja, dita Declaração realça que o trabalho não deve ser visto apenas sob o prisma econômico, mas sim, como um elemento que assegure o progresso da humanidade.

Contudo, como preleciona Noemia Aparecida Garcia Porto, em que pese a internacionalização do Direito ao Trabalho e a incorporação de suas normas internacionais, não há uma trajetória ascendente na garantia da dignidade dos trabalhadores.¹⁷ As condições atuais de trabalho vivenciados pelos terceirizados no serviço público no Brasil revelam que a pretexto da redução da máquina pública, com a concentração do ente público na atividade finalística do órgão, o Direito ao Trabalho vem sendo constantemente violado. À essa constante violação está associado o discurso de que a terceirização é um fenômeno natural e inevitável na economia atual. Discurso esse que se destina mais a restringir os direitos trabalhistas do que decorre de uma fatalidade econômica da contemporaneidade.

Como exemplo da violação aos Direitos Humanos, cite-se que dados do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos (Dieese) revelam que os riscos de um empregado terceirizado morrer de acidente de trabalho é, em média, 5 vezes maior que no segmento próprio.¹⁸ Isso decorre, dentre outros, da precarização da relação de trabalho, em razão sobretudo da intensificação da jornada,¹⁹ quer seja por meio da realização de horas extras, quer seja pela cobrança e práticas abusivas por maior rapidez, qualidade e produtividade.

17 PORTO, op. cit., p. 157.

18 <<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>> e <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf>. Acesso em: 16 set. 2015.

19 Segundo Sadi Dal Rosso, “Há intensificação do trabalho quando se verifica maior gasto de energias do trabalhador no exercício de suas atividades cotidianas. Quando se trata de trabalho físico, os resultados aparecem em medidas tais como maior número de veículos montados por dia por pessoa etc. Quando o trabalho não é físico, mas de tipo intelectual, como no caso do pesquisador, ou emocional, como o que ocorre com o educador e a enfermeira, os resultados podem ser encontrados na melhoria da qualidade mais do que na quantidade de pessoas atendidas”. DAL ROSSO, Sadi. *Mais trabalho! A intensificação do labor na sociedade contemporânea*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008. p. 21.

O aumento do acesso à Justiça do Trabalho tampouco tem garantido que os trabalhadores terão suas demandas satisfatoriamente resolvidas. A observação das audiências nas Varas do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Distrito Federal e Tocantins) revela, em grande parte, que nas conciliações e nas audiências prima-se mais pela manutenção do atual estado de desequilíbrio reinante do que por mudança social, quer seja por meio de ações repressivas impedindo a fala das partes, quer seja pela minimização do conflito frente à preocupação dos magistrados quanto à quantidade de processos em pauta.

Isso decorre, dentre outros, da rotina cartorária de agendamento das audiências inaugurais com intervalos de 5 minutos e das audiências de instrução com intervalos de 15 minutos, o que implica em constantes atrasos, causando transtornos às partes, advogados e magistrados, que precisam conciliar outros compromissos e audiências no mesmo dia. Ademais, a jurisprudência pátria tem se concentrado apenas na recomposição patrimonial das dívidas trabalhistas, quando deveria atuar primordialmente no resgate do trabalho como categoria de inclusão social, repelindo, com isso, o formalismo inócuo.

3 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: QUESTÕES ATUAIS

Analisando-se a realidade vivenciada pelos trabalhadores no Brasil, constata-se que o aumento das contratações por empresas terceirizadas tornou mais precárias as condições de vida desses trabalhadores, principalmente tendo em vista a alta rotatividade das empresas prestadoras de serviços, que impedem a integração do trabalhador nessas empresas. O que se verifica hoje é que o direito tem se voltado para a lógica da economia, com a primazia do modo de produção mais rentável, mesmo que isso implique em baixos salários, instabilidade e ausência de ascensão funcional para a classe trabalhadora.²⁰ Evidencia-se, assim, a monetarização das relações de trabalho, em que os direitos econômicos e sociais ficam subordinados às expectativas da economia de mercado, pautada pelo lucro e pela competitividade.²¹

Diante de tal cenário, a Administração Pública, no âmbito do Poder Executivo Federal, tem adotado medidas no intuito de resguardar os direitos dos trabalhadores terceirizados, evitando-se, com isso, a responsabilização subsidiária do ente público. A Instrução Normativa nº 2, de 30 de abril de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), disciplina o instituto da conta vinculada, consistente na criação de uma conta

²⁰ PORTO, op. cit., p. 48.

²¹ *Ibidem*, p. 11.

bancária específica para fins de depósito das provisões para pagamento das verbas trabalhistas. Além disso, prevê a possibilidade de a Administração efetuar o desconto na fatura para fins de pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas, quando houver falhas no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada.

Por sua vez, registre-se a atuação conjunta do consultivo e do contencioso do órgão de representação judicial e extrajudicial da União na prevenção de litígios judiciais. Tal atuação é realçada principalmente por medidas proativas no âmbito judicial com a finalidade de bloquear faturas da empresa inadimplente e efetuar o pagamento direto aos terceirizados, nos casos em que os órgãos ou entidades se ressentem de assim proceder administrativamente. Dentre as medidas proativas destacam-se o ajuizamento de ação civil pública, ação cautelar, ação de consignação em pagamento ou outra medida judicial a depender da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho de cada Região. Outrossim, ressalta-se a ampla divulgação das teses de defesa mínima com o intuito de garantir maior eficiência e uniformidade na atuação do órgão de representação judicial da União.

Muito ainda há para ser feito pelo Executivo Federal, que não se reduz apenas na recomposição salarial dos trabalhadores, mesma crítica direcionada ao Poder Judiciário. Como exemplo, o fortalecimento do sindicalismo é medida que se impõe, diante do seu caráter de consciência de classe, de capacidade de reivindicação coletiva e de apresentação de demandas por direitos, retomando os laços de solidariedade entre os trabalhadores que se encontram no mesmo contexto fático-jurídico.²²

Por sua vez, a recente publicação do Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, que institui a Política Nacional de Participação Social (PNPS), e prevê a articulação de mecanismos de participação social já existentes na Administração Pública Federal, tais como conselhos, ouvidorias, comissões, mesas de diálogos, audiências públicas, consultas públicas e ambiente virtual de participação social, além de estabelecer orientações para seu funcionamento, contribui para a ampliação da cidadania de todos os atores sociais, inclusive dos trabalhadores.

Com efeito, o desafio posto à Administração Pública é pensar o Direito ao Trabalho dentro da perspectiva de rede, com a participação da sociedade civil, com vistas a assegurar a dignidade dos trabalhadores terceirizados no serviço público e a superação da despolitização das profissões jurídicas. Dentro da perspectiva que Boaventura de Sousa Santos caracterizou como campo de experimentação política,²³ pensar o

²² PORTO, op. cit., p. 108.

²³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

campo de atuação e as possibilidades que se abrem para os operadores do direito que atuam dentro do Estado, tanto no Poder Executivo quanto nos Poderes Judiciário e Legislativo, como para aqueles que atuam em espaços não institucionalizados, com o envolvimento de toda a comunidade, permitindo que diferentes soluções institucionais e não institucionais coexistam e divirjam para assim gerar resultados que impliquem em melhorias na condição social dos trabalhadores.

4 CONCLUSÃO

O objetivo proposto pelo presente artigo situa-se em discutir a terceirização no serviço público não como um dado inevitável da economia de mercado, mas sim, como um modo de organização da força de trabalho que exige demandas por direitos, em consonância com os preceitos insculpidos na Constituição Federal. Pensar a livre iniciativa e o valor social do trabalho dentro de uma perspectiva democrática de direito. Reconhecer que o problema da terceirização não reside exclusivamente no adimplemento das verbas trabalhistas, mas situa-se principalmente na integração do trabalhador na vida da empresa.²⁴

O olhar sobre essa realidade contraditória e desigual leva à reflexão de que o direito - que se pretende ser justo, modelo de legítima organização social da liberdade²⁵-, necessita de maior participação social, com emergência de novos atores sociais,²⁶ ou com fortalecimento dos coletivos de trabalhadores já existentes, com vistas a assegurar a realização da cidadania dos trabalhadores terceirizados no serviço público.

A iminência atual da aprovação do projeto de lei (des)regulamentando a terceirização de serviços pelo Congresso Nacional realça a necessidade de enfatizar a indisponibilidade das normas trabalhistas, separando-se o valor do trabalho da lógica da economia. Como registrado por Paulo Freire

24 PAIXÃO, Cristiano. Terceirização: o trabalho como mercadoria. In: *Observatório da Constituição e da Democracia*, nº 3, Brasília, abril de 2006b. p. 9.

25 Para Roberto Lyra Filho, "Justiça é Justiça Social, antes de tudo: é atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação duma sociedade, em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdade. [...] Direito é processo, dentro do processo histórico, não é uma coisa feita, perfeita e acabada: é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão novas conquistas." LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1982. p. 86.

26 Nas lições de Antônio Carlos Wolkmer, o "novo sujeito coletivo" é "um sujeito vivo, atuante e livre, que se autodetermina, participa e modifica a mundialidade do processo histórico-social". Ao se organizarem, esses novos sujeitos coletivos criam direitos paralelos às normas estatais postas, renovando as práticas jurídicas, atuando como instrumento de transformação social e de emancipação humana. WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

na pedagogia do oprimido: a libertação não pode provir do opressor no cenário atual.²⁷ Reforça-se, contudo, que tal assertiva não deve ser levada ao extremo, ao ponto de pensar-se que a emancipação dos trabalhadores terceirizados dependa unicamente da atuação destes.²⁸ Destarte, a luta pela promoção e proteção ao Direito ao Trabalho dos empregados terceirizados não pode ser vista exclusivamente pela ação do Estado ou pela ação dos trabalhadores, mas sim, pela convergência de esforços entre esses, conjuntamente com os operadores do direito, no intuito de desenvolver práticas sociais emancipatórias.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos Como Tema Global*. São Paulo: Perspectiva, 1995.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 510.

DAL ROSSO, Sadi. *Mais trabalho! A intensificação do labor na sociedade contemporânea*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2008. p. 21.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os direitos sociotrabalhistas como dimensão dos direitos humanos. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 199-219, abr./jun. 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 473.

DEMO, Pedro. Pobreza política, direitos humanos e educação. In: SOUSA JR., José Geraldo et al. *Educando para os direitos humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade*, v. 1. Porto Alegre: Síntese, 2004.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 28. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1987.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1982. p. 86.

PAIXÃO, Cristiano. Terceirização: o trabalho como mercadoria. In: Observatório da Constituição e da Democracia, nº 3, Brasília, abril de 2006b. p.8-9.

²⁷ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 28. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1987.

²⁸ DEMO, Pedro. Pobreza política, direitos humanos e educação. In: SOUSA JR., José Geraldo et al. *Educando para os direitos humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade*, v. 1. Porto Alegre: Síntese, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. Sur. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 1, n. 1, São Paulo: 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&tlng=pt>. Acesso em: 08 set. 2015.

PORTO, Noemia Aparecida Garcia. *Desproteção trabalhista e marginalidade social: (im)possibilidades para o trabalho como categoria constitucional e inclusão*. 2010. 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos. In: SOUSA JR., José Geraldo et al. *Educando para os direitos humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade*, v. 1. Porto Alegre: Síntese, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENTRE A SAXÔNIA E O CONTINENTE: UMA
BREVE ANÁLISE DO SISTEMA DE PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO EM COTEJO COM OS
MODELOS EUROPEUS

*BETWEEN SAXONY AND THE CONTINENT: A BRIEF
ANALYSIS OF BRAZILIAN CIVIL PROCESS SYSTEM IN
COMPARISON WITH EUROPEAN MODELS*

Priscilla Lima de Carvalho Silva

Procuradora Federal

Mestre em Direitos Humanos, Sociedade e Democracia pelo PPGD-UFPE

SUMÁRIO: Introdução: origem da tradição jurídica ocidental e ordenamento jurídico brasileiro; 1 Características dos grandes sistemas de processo civil da tradição ocidental: aproximações atuais; 2 A posição do juiz e das partes na condução do procedimento – os dois paradigmas tradicionais; 3 Considerações finais: o modelo singular de processo civil pátrio – entre a saxônia e o continente; Referências.

RESUMO: O presente artigo discorre sobre os modelos clássicos de sistemas processuais concebidos na tradição ocidental, tendo como escopo situar o ordenamento brasileiro entre tais paradigmas, a partir de uma análise da singularidade da jurisdição constitucional e do processo civil pátrios. Nesse sentido, realiza o estudo uma breve comparação entre as características próprias dos modelos da *common law* e do sistema continental europeu, constatando a tendência atual de aproximação de ambos. Assim, além de localizar o sistema jurídico nacional, na atualidade, como uma espécie de experiência única, entre a inafastabilidade de jurisdição, própria do sistema anglo-saxônico e o exercício do controle de constitucionalidade também na forma concentrada, característica do *civil law*, investiga este estudo a categorização do modelo de procedimento, para o processo civil, adotado em nacionalmente. Nessa senda, perpassa o texto por uma análise dos paradigmas de procedimento tradicionais, de cunho inquisitorial ou dispositivo, perquirindo as diferenças sistemáticas entre eles. Ainda, durante o texto, verifica-se que tais modelos não são adotados, omnicompreensivamente, pelos ordenamentos jurídicos, sendo recepcionados a depender do tipo de processo instaurado e da (in) disponibilidade do interesse debatido. Ao final, conclui-se que, também, quanto ao tipo de procedimento chancelado pelo sistema jurídico, não há, no Brasil, uma definição estanque, ainda que, aprioristicamente, haja uma tendência ao modelo inquisitorial, nos ordenamentos onde a fonte primária do direito é a lei. Nesse sentido, constata o estudo que essa categorização estática resta superada, com a crise do Estado liberal, exurgindo, inclusive, a positivação de um terceiro paradigma de condução do processo, fundado na cooperação entre as partes e o Poder Judiciário, também reconhecido na União Europeia.

PALAVRAS-CHAVE: Sistemas Processuais. Tradição Jurídica Ocidental. Paradigmas de Procedimento e Ordenamento Jurídico Brasileiro.

ABSTRACT: This article discusses the classical models of process systems designed in the Western tradition, with the scope to place the Brazilian legal system between these paradigms, from an analysis of the uniqueness of constitutional jurisdiction and civil procedure at the country. In this sense, the study conducts a brief comparison between the characteristics of the models of the common law and the continental system, noting the current trend of approaching both models. So in addition to locating the national legal system, nowadays, as a kind of unique experience, between the maximum ubiquity, own at Anglo-Saxon system and the exercise of judicial review also in concentrated form, characteristic of civil law, investigates this study the categorization of the process model for civil procedure, adopted

on nationally. In this vein, permeates the text by an analysis of the paradigms of traditional procedure, characterized as inquisitorial or adversarial, inquiring the systematic differences between them. Still, throughout the text, it appears that such models are not adopted as omni-comprehensive paradigms at the legal system, being greeted depending on the type of procedure initiated and the (un)availability of interest discussed. Finally, it is concluded that, also, the type of procedure sanctioned by the legal system, is not, in Brazil, a watertight definition, though, a priori, there is a tendency to inquisitorial model, in jurisdictions where the primary source of Law is the legislation. In this sense, this article notes that this static categorization is overruled, with the crisis of the Liberal State, emerging, even, a positivation of a third paradigm of conducting the process, based on cooperation between the parties and the Judiciary, also recognized in European Union.

KEYWORDS: Process Systems. Western Legal Tradition. Procedural Paradigms and Brazilian Legal System.

INTRODUÇÃO: ORIGEM DA TRADIÇÃO JURÍDICA OCIDENTAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

[...] Foi graças a um acaso histórico no final do século XI, conhecido como a “revolução papal”, que surgiu na história uma tradição jurídica Ocidental particular. [...], esclarece Thomas Vesting¹, aduzindo que [...] Essa tradição pode ser vista como a origem de uma forma científica de direito, ligada a instituições e valores Cristão–Judaicos, que determinaram a evolução da sociedade e civilização Ocidental por muito tempo [...]² Assim, indica o autor, em breve resenha sobre Harold J. Berman, ser a Revolução Gregoriana a incipiência da separação do Direito da religião e o início da própria sistematização e autonomia de uma ciência jurídica no Ocidente.

Inicia-se, assim, naquele momento, a especialização do subsistema jurídico, como algo independente da religião e com regras próprias de funcionamento, em verdadeira diferenciação funcional, como elucidam Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi³. Nessa senda, a referência contemporânea à ideia de tradição jurídica ocidental remonta aos dois grandes sistemas

1 VESTING, Thomas. Harold J. Berman (1918 -2007). In: *Ancilla Iuris* (anci.ch), 2011. Disponível em: <http://www.anci.ch/_media/beitrag/ancilla2011_1_vesting_berman_vieira.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015.

2 Ibidem.

3 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria de la Sociedad*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993. p.326.

processuais de *common law* e *civil law*, sendo que, ambos foram originados da ruptura da Igreja com o poder imperial no final do século XI: o primeiro, na prática pretoriana dos juízes reais e, o segundo, na interpretação iniciada pelos glosadores do Direito Romano e na formação do Direito Canônico.

Dentro da perspectiva de ambos os sistemas jurídicos ocidentais, pretende o presente artigo, assim, situar o modelo de processo civil brasileiro atual, analisando se é possível categorizar o ordenamento pátrio, de forma preponderante em um dos sistemas processuais, através das semelhanças e distinções dos dois grandes modelos europeus. Ainda, busca o estudo discorrer acerca dos tipos clássicos de procedimento, verificados pela doutrina processualista, realizando o cotejo com o paradigma processual saxônico e com o modelo continental, investigando, dessa forma, de maneira breve, as características singulares do procedimento inquisitorial e adversarial de processo civil.

Ao final, pretende este texto localizar o sistema jurídico pátrio, também em relação ao modelo de procedimento adotado, demonstrando o surgimento, na atualidade, de um paradigma cooperativo no processo, como decorrência da abertura cognitiva do subsistema jurídico e, dessa forma, da recepção pelo ordenamento nacional da irritação do meio, no que tange ao papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito. A ideia de processo como interação através da linguagem parece, assim, se sobressair como uma terceira via aos grandes modelos tradicionais, validando a participação dos interessados no bem da vida no resultado do procedimento estatal e, assim, sua própria legitimidade, enquanto substitutivo da autotutela para os indivíduos em contrato social, seja na esfera interna, seja também no âmbito europeu, no domínio supranacional.

1 CARACTERÍSTICAS DOS GRANDES SISTEMAS DE PROCESSO CIVIL DA TRADIÇÃO OCIDENTAL: APROXIMAÇÕES ATUAIS

A tradição do *civil law*, de origem romano-germânica, tem como caráter distintivo o primado da lei como fonte de Direito. Exsurgida como resposta do Estado liberal aos desmandos do soberano e considerando a ascensão social da burguesia, como elucida Hermes Zaneti Júnior, nessa tradição continental, [...] a lei representa a segurança contra o arbítrio e, portanto, a ideia de segurança jurídica estaria na legislação por todos conhecida e aplicável a todas as situações da vida [...]⁴, sendo reputada como a fonte de criação do Direito, à qual, com o positivismo jurídico, estava vinculado, de maneira omnicompreensiva, o Poder Judiciário.

4 JÚNIOR, Hermes Zaneti. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 10.

Nesse sentido, diferencia-se do *common law*, devido à preponderância, na tradição anglo-saxã, do precedente judicial como fonte obrigatória do direito e da adoção da ideia de criação das normas jurídicas no caso concreto, a partir da análise dos julgamentos já realizados e investigação, dessa forma, acerca da similitude da demanda em evidência com outra anteriormente julgada. Desse modo, elucida Márcio Louzada em manifestação sobre o tema que,

[...] naquele sistema [common law], tudo gira em torno das decisões judiciais já proferidas, não propriamente pelo mérito da decisão em si, mas, sim, pelas vinculações que ostentam, em relação a todos os casos que, posteriormente, se assemelharem àquele julgado. Vale dizer, a decisão judicial emanada e transitada em julgado passa a ser um precedente com força tamanha que torna obrigatório o seu acatamento para todos os casos posteriores a ele que se enquadrem à mesma realidade fática. [...]⁵,

denotando, assim, a primazia das decisões judiciais anteriormente prolatadas (precedentes), como fonte de Direito na tradição anglo-saxã.

Ainda, nos sistemas processuais do *common law*, a possibilidade de controle judicial da constitucionalidade dos atos do Poder Público, inclusive das leis, é bastante ampla, sendo realizada de forma difusa, na apreciação do caso concreto pelo magistrado, em sistema uno de jurisdição. Nessa seara, deve-se destacar que a possibilidade de tal controle na tradição inglesa, remonta à Carta Magna de João Sem Terra de 1215, conforme esclarece Hermes Zaneti Jr.⁶, ainda que a inspiração do r. texto constitucional seja proveniente do Decreto de Conrado II, de 1037, editado na Alemanha⁷.

Nos modelos de tradição continental, por sua vez, o princípio da ubiquidade não possui a mesma amplitude, sendo afastados do controle judicial os casos relativos à Administração Pública, que são apreciados em jurisdição administrativa, como no caso italiano, através dos Tribunais Administrativos Regionais, em Primeira Instância e das Seções jurisdicionais do Conselho de Estado (IV, V e VI), em sede recursal⁸. Ademais, o controle

5 CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no common law. In: *Revista de Processo*, São Paulo, n° 180, a. 35, p. 201, fev. 2010.

6 JÚNIOR, op. cit. .

7 VESTING, Thomas. Harold J. Berman (1918 -2007). In: Ancilla Iuris (anci.ch), 2011. Disponível em: <http://www.anci.ch/_media/beitrag/ancilla2011_1_vesting_berman_vieira.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2015. p. 12-15.

8 ETTORI, Charles. O controle jurisdicional da administração na Itália. In: *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n° 27, p. 50, jan./mar. 1952. A informação foi confirmada, recentemente, na visita ao Conselho de Estado italiano, na Piazza Campo de Ferro, no dia 1° de julho de 2015, às 14h, durante o Curso Intensivo da Universidade Tor Vergata intitulado Direito Europeu, Direitos Humanos e harmonização das normas.

de constitucionalidade das normas é direcionado ao Tribunal Constitucional, em processo de natureza objetiva, nos termos concebidos por Hans Kelsen, para o sistema austríaco, em 1929, não sendo facultada, assim, a sua realização por todo e qualquer órgão julgador, como na *common law*.

Em relação ao procedimento propriamente dito, Fredie Didier Jr.⁹ chama à atenção para ideia difundida na doutrina, relativa à associação habitual dos sistemas de tradição romano-germânica ao modelo inquisitorial de processo, com uma condução mais ativa do juízo, inclusive, no que tange à determinação de produção de provas e, de outra banda, com maior protagonismo das partes quanto ao resultado da demanda nos sistemas anglo-saxônicos, pois, nestes, o magistrado possuiria uma posição mais semelhante à de terceiro desinteressado e passivo. Alerta o autor, contudo, que apesar de, *a priori*, essa relação se afigurar como correta, [...] *não devem ser ignoradas as profundas influências recíprocas que esses sistemas [common law e civil law] vêm causando um no outro, a ponto de a diferenciação entre eles ficar cada vez mais difícil.* [...] ¹⁰.

Outra diferença apontada pelos processualistas é a utilização no procedimento de métodos mais orais no *common law*, enquanto na tradição romano-germânica prevalece os atos escritos. Michele Taruffo, contudo, critica essa diferenciação, esclarecendo que tal critério não é suficiente para distinguir os modelos tradicionais de processo civil¹¹. Nesse sentido, elucida o autor que há uma série de procedimentos verbais nos sistemas romano-germânicos e, de outra banda, atualmente, a resolução de mais de 90% - noventa por cento, dos casos, no modelo anglo-americano ocorre numa fase *pre-trial*, que:

[...] essencialmente escrita, é dirigida pelo Juiz que dispõe de amplos poderes e - a diferença da imagem tradicional do trial - não é concentrada, pois realmente se desenvolve em passagens que podem ser também bastante numerosas e complicadas, e podem requerer - ao menos nos casos mais complexos - durações muito longas. [...] ¹².

Nesse diapasão, aponta o autor a insuficiência desse critério e, do mesmo modo, da associação acima referida do *civil law* ao procedimento inquisitorial e do *common law* ao modelo dispositivo, bem como da existência de júri nos processos civis na tradição anglo-saxã, como características

9 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1, 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 90.

10 Ibidem.

11 TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado - Ensaíos*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 20.

12 Ibidem, p.28.

distintivas de ambos os modelos, aduzindo que, contemporaneamente, há uma aproximação das tradições, seja pela internacionalização das controvérsias, na Europa, por exemplo, através da Corte Europeia de Direitos Humanos, seja pela tendência à uniformização cultural em determinadas matérias, sendo que, decorrem, ambas, da globalização. Propõe, assim, a diferenciação dos sistemas processuais por outros critérios de natureza estrutural, funcional e supranacional.

É que, a aproximação dos dois grandes sistemas de processo civil é, na atualidade, fenômeno amplamente reconhecido pela doutrina processualista, havendo, por exemplo, uma sistemática adoção do modelo de precedentes também no modelo continental de processo civil, como forma de garantir a previsibilidade da jurisdição e, assim, a segurança jurídica aos cidadãos, em típica incorporação de instituto do *common law*, como elemento de equilíbrio entre a democracia e o constitucionalismo nos sistemas jurídicos continentais.

2 A POSIÇÃO DO JUIZ E DAS PARTES NA CONDUÇÃO DO PROCEDIMENTO - OS DOIS PARADIGMAS TRADICIONAIS

O modelo de processo adversarial se caracteriza, na lição de Fredie Didier Jr., como [...] forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir. [...] ¹³. Já o paradigma inquisitorial, se conforma como [...] uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. [...] ¹⁴.

Nesse sentido, como esclarece o autor, a preponderância do princípio dispositivo ou inquisitivo se encontra, em certa medida, relacionada com as atribuições concedidas ao juízo na condução do processo, seja no que tange à instauração da demanda, seja também no que diz respeito à produção de provas. No modelo dispositivo, o magistrado figura como terceiro desinteressado, responsável apenas pela prolação do julgamento final, sendo que a atividade probatória fica a cargo das partes, assim como a delimitação do objeto litigioso e a submissão da controvérsia ao Poder Judiciário.

O modelo inquisitivo, por sua vez, concentra mais atribuições na pessoa do magistrado. Como elucidam Ada Peligrini Grinover, Antônio Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, nesse paradigma, [...] as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em um único órgão, é o juiz que inicia de ofício o processo, que recolhe as provas e que, ao

¹³ DIDIER JR., op. cit., p. 89.

¹⁴ Ibidem.

final, profere decisão. [...] ¹⁵. Difere, assim, do procedimento dispositivo por estipular um protagonismo relevante no feito ao Judiciário, sendo vinculado, normalmente pela doutrina, a sistemas mais autoritários, como adverte Fredie Didier Jr., reputando a conexão, contudo, muito simplista ¹⁶.

Quanto ao tema, alerta o autor, ainda, que não existe sistema processual que adote, de forma omnicompreensiva, o modelo inquisitivo ou dispositivo, devendo, assim, a análise da preponderância de um princípio ou outro ser feita, na investigação das atribuições do juiz, quanto à possibilidade de instauração da demanda de ofício, à determinação de produção de provas e do objeto litigioso e, ainda, ao conhecimento de questões de fato e de direito ¹⁷, sendo, pois, privilegiado o modelo inquisitivo ou dispositivo, a depender do maior ou menor grau de poderes/atribuições concedidos ao magistrado, respectivamente.

A adoção do paradigma processual está ainda vinculada à natureza privada ou pública dos interesses envolvidos no litígio. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, se referem à prevalência de maiores poderes instrutórios atribuídos ao magistrado, por exemplo, nas demandas penais, considerando a preponderância do interesse público de persecução penal, com possibilidades significativas de investigação da verdade material, enquanto, no processo civil, via de regra, há maior disponibilidade das partes, quanto à produção de provas e, assim, no que tange à verdade mesma encontrada na demanda. Para os autores, essa disponibilidade é mitigada, apenas, quando se trata de defesa em juízo de direitos materiais indisponíveis no processo civil ¹⁸.

Nesse diapasão, é que a dispositividade ou inquisitividade do modelo processual escolhido se relaciona, também, com o caráter mais ou menos publicista que é dado ao processo. Nessa linha, Igor Raatz se refere, por exemplo, ao papel do Juízo, no Estado liberal, como [...] de passividade, o que dá azo a lentidão e ao abuso, uma vez que as partes e seus defensores tornam-se árbitros praticamente absolutos [...] ¹⁹, diante da natureza eminentemente privatística do processo civil àquela época, na qual vigorava o modelo dispositivo. Como esclarece Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

15 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 37.

16 DIDIER JR., Op. cit., p. 92.

17 Ibidem, p. 90.

18 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 39-42.

19 SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, colaboração e igualdade: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de resolução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 36, n.192, p. 52, 2011.

[...] A concepção liberal, ainda não imbuída do caráter público de processo, atribuía às partes não só amplos poderes para o início e o fim do processo, e o estabelecimento de seu objeto, como também sujeitava à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento, atribuindo-lhes total responsabilidade no que diz respeito à própria instrução probatória. Os poderes do órgão judicial eram, portanto, significativamente restringidos. [...] ²⁰.

Essa concepção clássica nos modelos continentais, não obstante, resta superada pela própria crise do Estado liberal e a especialização do subsistema jurídico, em resposta à falta de representatividade do Poder Legislativo, em relação aos atores sociais, advinda do ambiente, e que fora internalizada pelo Direito, de acordo com a teoria de Luhmann, nos sistemas processuais contemporâneos, pelo constitucionalismo.

Ora, não mais se amolda ao procedimento vigente, nos ordenamentos jurídicos nacionais, a estaque bipartição dos modelos processuais historicamente estudados, inclusive, porque, já exsurge na doutrina processualista atual a referência ao paradigma cooperativo de processo civil, mais consonante com o Estado Democrático de Direito e onde resta assegurada a participação do juiz e das partes, na condução do feito, de forma conjunta. O processo, assim, deixa de ser um rito excessivamente formalista e rigorosamente sequenciado na legislação escrita, nos sistemas continentais, para integrar a ideia de construção de sentido ou literalidade e solução da controvérsia como uma atuação conjunta das partes e do magistrado, em cooperação.

É que, a partir do giro pragmático do sistema jurídico, como adverte Artur Stamford, [...] O foco no autor, assim como o foco no texto não explicam a decisão jurídica, ainda que tenham algumas propostas de como essa decisão deveria ser tomada. [...] ²¹, dificultando, assim, a sua legitimação, pelo consenso, pela coerência e pela justiça. O modelo inquisitorial *per se*, de outra banda, corrente no paradigma da *common law*, atribui preponderância ao ator social do Poder Judiciário, descurando, dessa forma, da busca colaborativa da solução da controvérsia e, nesse sentido, também, da proposta atual interativa de processo civil.

Nesta, de acordo com as lições de Luiz Antônio Marcuschi, acerca da linguagem enquanto literalidade social, [...] toda compreensão será

²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Os poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(s\)%20- formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(s)%20- formatado.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 2.

²¹ SILVA, Artur Stamford. Literalidade como trabalho social: A decisão judicial como constructo do direito da sociedade. In: FEITOSA, Enoque, et al. (orgs.). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. v. 2, Recife: Universitária da UFPE, 2012. p. 102.

sempre atingida mediante processos em que atuam planos de atividades de vários níveis e em especial com a participação decisiva do leitor ou ouvinte numa ação colaborativa[...]²². Exsurge, nesse diapasão, uma terceira via de paradigma processual na atualidade, aproximando os dois grandes sistemas ocidentais e, desse modo, a condução do processo civil, não só no cenário interno e brasileiro, mas também na esfera internacional e comunitária da União Europeia.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS – O MODELO SINGULAR DE PROCESSO CIVIL PÁTRIO – ENTRE A SAXÔNIA E O CONTINENTE

A tradição jurídica pátria, como adverte Fredie Didier Jr., é miscigenada, sendo reflexo dos mais variados modelos alienígenas²³. Nesse sentido, se refere o autor ao *brazilian law*²⁴, sendo o tema tratado igualmente por Hermes Zaneti Júnior, que constata, nesses termos, o paradoxo metodológico do modelo de processo civil nacional²⁵.

É que, conforme alerta Zaneti, ocorre nas Constituições pátrias, desde 1891, com algumas mitigações nos estados de exceção, a recepção do controle judicial dos atos do Poder Público de forma ampla, inclusive com a adoção do modelo de controle de constitucionalidade difusa do sistema norte-americano e da ideia de jurisdição una. De outro lado, desde a Emenda Constitucional nº 16/65, é prevista no Brasil a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade das normas jurídicas, em recepção parcial ao modelo austríaco, criado por Kelsen em 1929, típica dos países da *civil law*.

Ainda, na esfera infraconstitucional, existem, como adverte, Fredie Didier Jr.

[...] inúmeras codificações legislativas (civil law) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização de precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.; ... de óbvia inspiração do common law. [...] ²⁶,

22 MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Produção textual, análise de gêneros e compreensão*. São Paulo: Parábola Editorial, 2008. p. 238.

23 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v.1. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 43.

24 Ibidem, p. 44.

25 JÚNIOR, Hermes Zaneti. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 15-50.

26 Obra referida na nota de nº 4, p. 42.

o que obsta, assim, a classificação do paradigma processual brasileiro como tradicionalmente de *civil law* ou *common law*, ainda que haja na doutrina referência ao sistema pátrio como se fora do primeiro modelo, como se verifica do posicionamento de Márcio Louzada²⁷.

É que, há, no sistema nacional, a recepção de diferentes institutos de ambos os sistemas, sendo certo que os próprios paradigmas tradicionais, atualmente, se interpenetram e se confundem. No caso brasileiro, além da recepção cruzada da forma de exercício da jurisdição constitucional continental e saxônica, há a convivência no ordenamento da crescente autoridade dos precedentes judiciais, como se verifica, por exemplo, na sistemática de Recursos Especiais Repetitivos, instituída no art.543-C, do CPC, para o Superior Tribunal de Justiça e da vinculação da análise de repercussão geral procedida pelo Supremo Tribunal Federal, nos Recursos Extraordinários, no art.543-B, da legislação adjetiva, de um lado, e de outro, a permanência da lei como fonte primária do Direito e de autolimitação ou contenção das Cortes Constitucionais ao mito de legislador negativo, na prolação de sentenças de constitucionalidade.

Em relação ao modelo de procedimento adotado no Direito Processual pátrio, é oportuna a referência a Fredie Didier Jr. considerando o alerta do autor para a inexistência de sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo, como já citado outrora. É que [...] os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos adversariais e inquisitoriais [...] ²⁸, de modo que [...] nada impede que o legislador, em relação a um tema, encampe o “princípio dispositivo” e, em relação ao outro, o “princípio inquisitivo. [...]” ²⁹.

Nesse sentido, é possível afirmar que, no sistema pátrio, prepondera a dispositividade, no que tange à instauração da demanda e à delimitação do objeto litigioso no processo civil, como esclarece Carlos Alberto Álvaro de Oliveira³⁰. Quanto ao processo penal, Ada Pelegrini Grinover, Antônio Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco ressaltam o dever de punir do Estado e não apenas o direito de realizar a *persecutio criminis*, elucidando o princípio da obrigatoriedade de ajuizamento da demanda pelo Ministério Público, ressalvadas as iniciativas privada e pública condicionada da ação penal, além das infrações de menor potencial ofensivo. Tal indisponibilidade

27 CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 180, a. 35, p. 199, fev. 2010.

28 DIDIER JR., op. cit., p. 91.

29 *Ibidem*, p. 90.

30 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Os poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2013. p. 22 e 25.

do ajuizamento, contudo, não torna o modelo adotado inquisitório, quanto ao tema, pois imprescinde da iniciativa da parte, não sendo o processo, dessa forma, instaurado de ofício pelo órgão jurisdicional³¹.

Quanto à determinação de produção de prova, o sistema brasileiro apresenta tendência ao modelo inquisitório, atribuindo poderes mais amplos ao juiz, para estipular as provas de ofício, de acordo com o art.130 do CPC. Tal possibilidade, sem embargo, é vista pela doutrina, não como retorno a um processo sem contraditório, arbitrário, mas como uma divisão de trabalho entre os sujeitos processuais, em que as partes atuam em conjunto com o juiz, em busca da verdade material, em cooperação, de modo a garantir, assim, a condução isonômica do processo. Nesse sentido, Fredie Didier esclarece que [...] a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação de poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado. [...] ³², prevendo, assim, um modelo participativo de condução do feito e assimétrico, no que diz respeito ao julgamento da lide.

Desenha-se, no cenário atual, dessa forma, a implementação de um modelo de processo cooperativo, com efetiva participação das partes e garantia do contraditório substancial, como alternativa aos modelos tradicionais dispositivo e inquisitório, sendo reconhecida na doutrina processualista pátria a positivação dos deveres de cooperação na legislação adjetiva brasileira, para as partes e para o magistrado. Nessa linha Igor Raatz enumera os deveres processuais de esclarecimento (art.340, inciso I e art.342, do CPC), de prevenção (caso da emenda à inicial – arts.282 e 283, da legislação adjetiva), de consulta, com essência no Direito Fundamental ao contraditório e à ampla defesa, positivados no art.5º, inciso LV, da CR/88 e, ainda, de auxílio, com a possibilidade de determinação, por exemplo, da exibição de coisa em poder de terceiro ou da outra parte (arts. 360 e 355, do CPC), com o objetivo de viabilizar a produção de prova pelo interessado³³.

Em verdadeiro trânsito entre os modelos processuais da *common law* e do *civil law*, o ordenamento jurídico brasileiro adota uma forma singular de jurisdição constitucional e de conformação da tutela judicial dos atos administrativos. Incorpora, ainda, como resposta ao problema contramajoritário dos juízes uma maior interação e participação das partes e do juiz no procedimento, através do paradigma cooperativo, como especialização evolutiva do Direito, no caminho do equilíbrio entre a democracia e o constitucionalismo e do giro pragmático dos sistemas jurídicos internos e supranacionais.

31 CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 38 a 42.

32 DIDIER JR., op cit., p. 94.

33 SANTOS, Igor Raatz dos. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de resolução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 36, n. 192, p. 63- 68. fev. 2011.

REFERÊNCIAS

CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no common law. *Revista de Processo*, São Paulo, n° 180, a. 35, p. 195-220, fev. 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998;

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

ETTORI, Charles. O controle jurisdicional da administração na Itália. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 27, p.34-66, jan./mar. 1952.

JÚNIOR, Hermes Zaneti. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LUHMANN, Niklas. DE GIORGI, Raffaele. *Teoría de la Sociedad*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1993.

MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Produção textual, análise de gêneros e compreensão*. São Paulo: Parábola Editorial, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Os poderes do juiz e visão cooperativa do processo I*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 20 de jun. 2013.

SANTOS, Igor Raatz dos. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de resolução das desigualdades no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 192, a. 36, p. 47-80, fev.2011.

SILVA, Artur Stamford. Literalidade como trabalho social: A decisão judicial como constructo do direito da sociedade. In: FEITOSA, Enoque, et al. (orgs.). *O judiciário e o discurso dos direitos humanos*. v. 2, Recife: Universitária da UFPE, 2012.

TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado - Ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

VESTING, Thomas. Harold J. Berman (1918 -2007). In: *Ancilla Iuris* (anci.ch), 2011. Disponível em: <http://www.anci.ch/_media/beitrag/ancilla2011_1_vesting_berman_vieira.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2015.



PANORAMA DA APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS NO ÂMBITO DA AMÉRICA LATINA E DA UNIÃO EUROPEIA

*PANEL OF INTERNATIONAL REFUGEE LAW ENFORCEMENT
IN LATIN AMERICA AND EUROPEAN UNION*

Rachel de Oliveira Lopes¹

Procuradora Federal

lotada na Procuradoria Seccional Federal de Santos (PGF/AGU)

Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos (Unisantos)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Delimitação do Direito ao Refúgio; 2 Proteção aos Refugiados na América Latina; 3 Proteção aos Refugiados na União Europeia; 4 Conclusão; Referências.

¹ Membro da Cátedra Sérgio Vieira de Mello da Unisantos em Convênio com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR/ONU); Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades da Unisantos (CAPES); Membro do Grupo de Pesquisa Governança Global e Regimes Internacionais da Unisantos (CAPES); Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/São Paulo e em Direito Público pela Universidade de Brasília/EAGU.

RESUMO: O presente estudo se constitui em análise dos cenários regionais europeu e americano de proteção normativa e prática aos refugiados, com recorte territorial limitado à América Latina e à União Europeia. Após a delimitação da base universal do Direito Internacional dos Refugiados, num tratamento mais específico das características do conceito de refúgio, se passa, nas duas partes seguintes, à abordagem individualizada de cada esquema regional disposto, procedendo-se por fim, a título de conclusão, a uma breve análise comparativa da prática de proteção alcançada pelos dois sistemas. Adota-se o método qualitativo, com perspectiva comparativa ao final do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Refúgio. Europa. Latino-América. Direitos Humanos.

ABSTRACT: This study aims to examine the regional schemes for refugee protection in Latin America and European Union. From the qualitative method, the article firstly addresses the concept of refuge in a universal perspective; next it focuses in the exam of each regional scheme provisions; proceeding finally, by conclusion, a short comparative analysis of the effectiveness of the protection arranged by the two systems.

KEYWORDS: Refugee. Europe. America. Human Rights.

INTRODUÇÃO

Em tempos em que a atenção mundial se volta para o Mar do Mediterrâneo -- diante do massivo fluxo diário de pessoas que, deixando o lugar de sua residência habitual, buscam o abrigo europeu -- ganha um relevo ainda maior o tratamento do instituto do refúgio, sem, contudo, se perder de vista que, apesar da contemporaneidade e do grande destaque midiático, não se trata aqui de fenômeno restrito aos dias atuais: este mesmo continente europeu que hoje se constitui em destino de população migratória, concentra muitos Estados de origem de refugiados, não se podendo desconsiderar que o Velho Continente foi o palco das duas maiores guerras em que a humanidade de um modo geral já se viu envolvida.

Estes, inclusive, os eventos que deram origem à construção histórica do instituto do refúgio², que contava com recorte temporal expresso -- posteriormente suprimido --, tal como disposto pela redação original da Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de 1951), em que se indicava como refugiada qualquer pessoa:

a) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados.

[...]

c) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

2 Rocha e Moreira dão conta de que o pensamento em torno da Convenção de 1951 foi construído a partir da preocupação dos países aliados com a estabilidade da Europa e a uma mobilização significativa para encontrar uma solução humanitária para as cerca de 40 milhões de pessoas deslocadas de seu local de origem pelos regimes totalitários que se implantaram na Europa, na primeira metade do século XX, e pela II Guerra Mundial (ROCHA, Rossana Reis; MOREIRA, Júlia Bertino. *Regime Internacional para Refugiados: mudança e desafios*, Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 18, n. 37, p. 17-30, out. 2010). Posteriormente, notadamente por força do movimento de descolonização e da eclosão de conflitos no continente africano, identificou-se o surgimento de grupos de refugiados que, nada obstante não se encaixassem ao recorte temporal disposto, necessitavam de proteção, o que deu ensejo à alteração trazida pelo Protocolo Adicional de 1967, que suprime o limite de tempo, remanescendo o núcleo do conceito tal como lançado.

Tenha-se em conta, porém, que, apesar da relevância qualitativa e quantitativa em termos de risco – o que a torna o principal motivo histórico de invocação de refúgio³ –, a guerra não é o único evento com capacidade de dar ensejo às condições a partir das quais alguém se repute refugiado. De fato, a normativa de tratamento do refúgio deixa muito clara que a proteção ali estabelecida alcança aqueles que se deslocam de seus países de origem em decorrência de grave e fundado temor de perseguição por razões raça, religião, nacionalidade, grupo social e opinião política⁴, fatos nem sempre relacionados ao contexto bélico, o que de certa forma justifica a origem diversa dos solicitantes de refúgio espalhados hoje por todo o mundo, assim como a análise de diferentes perspectivas territoriais.

Ainda quando se trata das multidões do contexto atual, não é espécie de instituto que permite irrestrita qualificação generalizada, na medida em que cada indivíduo, mesmo que oriundo de região semelhante, pode estar submetido a situação peculiar em relação aos demais, fato cuja inobservância pode inclusive dar cabimento à desproteção de ser humano mais vulnerável e ao enfraquecimento das próprias bases do instituto aqui tratado, invocadas aleatoriamente, ou mesmo não invocadas.

Sendo assim, mesmo que os fatos atuais nos remetam a cenários de guerra e a êxodos humanos expressivos, nos quais se envolve conteúdo político significativo, jamais deixa de ser importante o tratamento técnico-jurídico do instituto do refúgio, o que permite a submissão adequada das hipóteses fáticas às normas existentes e garante aplicabilidade conforme do direito disposto.

Nestes termos, justifica-se o presente trabalho que, a partir de perspectiva comparada, busca tratar da sistemática regional disposta ao refúgio na Europa e na América Latina, mas não sem antes identificar as bases universais do instituto.

O Direito Internacional dos Refugiados (DIR) é regime jurídico cuja arquitetura universal é composta por alguns documentos de cunho global, dentre os quais se podem mencionar⁵: a Declaração Universal

3 Cf. JUBILUT, Líliliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, São Paulo: Método, 2007. p. 139-145.

4 Conceito clássico, posteriormente ampliado em sede regional, conforme se detalhará mais à frente.

5 Líliliana Jubilut destaca os seguintes documentos:

[a]s Convenções IV e V de Haia relativa aos Direitos e Deveres das Potências e Pessoas Neutras no Caso da Guerra Terrestre de 1907 (artigos 4.º e 6.º respectivamente¹⁸³), a Declaração Americana de Direitos Humanos de 1948 (artigo 27184), a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (artigos 2.º, 3.º, 14, 18 e 21185), a Terceira Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 1949 (artigos 87, 100, 109 e 118186), a Quarta Convenção de Genebra sobre a Proteção de Pessoas Cívicas em Tempos de Guerra (artigos 44, 51, 70, § 2.º¹⁸⁷), o Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 1949 (artigos 47, 51 § 6.º, 58, 73188), a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950 (artigo 14189), a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, a Convenção para Reduzir os Casos de Apátridria de 1961 (ambas sem artigos específicos, mas relevantes em

dos Direitos Humanos (DUDH)⁶; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁷; o Pacto Universal sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC)⁸; as Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais⁹; a Convenção de 1951¹⁰; e o pelo Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados (Protocolo de 1967)¹¹.

De se destacar, contudo, que o núcleo do regime é composto pela Convenção de 1951 e pelo Protocolo Adicional de 1967, em decorrência de sua especificidade. Com efeito, os demais documentos mencionados, dada a sua generalidade neste contexto, e ainda que de absoluta e extrema importância, são periféricos à proteção aqui tratada¹² e se inserem no regime referido por incidência do princípio da complementariedade, que dispõe ao lado do DIR – proteção do ser humano em situações especiais --, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) – proteção do ser humano em tempos de paz -- e o Direito Internacional Humanitário (DIH) – proteção do ser humano em tempos de guerra – para a formação do grande eixo normativo de resguardo do ser humano em sua dignidade.

sua totalidade em função da semelhança entre a situação dos apátridas e dos refugiados, vez que nenhum deles conta com a proteção estatal), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (ambos também sem artigos específicos, mas importantes por assegurar uma vasta gama de direitos humanos a todos os indivíduos) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (artigo 22, § 7.º190) (Op. cit., p. 89-91).

6 Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2015.

7 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 14 set. 2015.

8 Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em: 14 set. 2015.

9 Documentos aplicáveis em casos de conflitos armados internacionais: [...] têm por base o respeito pelo ser humano e pela sua dignidade [...] obrigam a que as pessoas que não participem diretamente nas hostilidades [...] sejam postas fora de combate por doença, ferimento, cativo ou qualquer outra causa, sejam respeitadas, [...] que elas sejam protegidas contra os efeitos da guerra e a que aquelas que sofram sejam socorridas e tratadas sem distinção. [...]. Os Protocolos Adicionais estendem esta proteção a toda e qualquer pessoa afetada por um conflito armado. Além disso, obrigam as partes em conflito e os combatentes a que se abstenham de atacar a população civil e os bens civis e a que conduzam as suas operações militares em conformidade com as normas reconhecidas do Direito Internacional Humanitário (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, Resumo das Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 e dos Seus Protocolos Adicionais. Disponível em: https://www.icrc.org/por/assets/files/publications/0368.007_resumo-das-conven%C3%A7%C3%B5es.pdf. Acesso em: 16 set. 2015).

10 Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acesso em: 14 set. 2015.

11 Disponível em: <file:///C:/Users/RacheldeOliveira/Downloads/Protocolo_de_1967.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

12 A DUDH dispõe no primeiro parágrafo de seu artigo XIV que todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países". Ao lado de tal disposição, o artigo XVII do PIDCP também alcança relevo no contexto do refúgio ao dispor que "ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

Já o PIDESC, ainda que não trate especificadamente de refúgio ou asilo ou migração, aborda VERIFICAR NOS DOCUMENTOS DA EUROPA.

Referida arquitetura universal é complementada pelos desenhos regionais estabelecidos, sendo relevantes para este trabalho a Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984 (Declaração de Cartagena), originada do Colóquio Internacional de Cartagena das Índias de 1984 --, que amplia para a América Latina e Caribe o conceito convencional de refugiado e serve de gatilho tanto ao reconhecimento interno do instituto pelos Estados signatários, quanto à renovação e ampliação da prática protetiva no decorrer do tempo --, bem como o Common European Asylum System¹³ (CEAS)¹⁴, que busca harmonizar a atuação dos Estados Europeus diante da situação migratória, aí incluído o refúgio.

Por certo que, de um modo geral, também cabe a referência à Convenção de Organização de Unidade Africana que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África¹⁵, seja porque estabelece regime jurídico de proteção regional, seja pela sua influência direta sobre o quanto declarado em Cartagena das Índias em 1984, no que diz respeito à ampliação do conceito de refugiado. Nada obstante, considerando o escopo aqui assumido, não cabe menção mais detalhada a este documento, ou a qualquer outro que fuja do recorte de aplicação territorial já estabelecido (Europa e América Latina)¹⁶, na medida em que, como já dito, o presente trabalho se volta para a comparação entre o contexto normativo europeu e o contexto normativo americano relativo ao refúgio, com menção à prática estabelecida nos territórios destacados.

O trabalho se divide em quatro partes. Na primeira parte se busca delimitar o conceito de refugiado e as características específicas do instituto do refúgio extraídas das normas universais. Na segunda e terceira partes se abordam, respectivamente, o contexto americano e o contexto europeu da proteção aqui referida. Por fim, a conclusão associa as duas perspectivas regionais, numa análise comparada da aplicação conferida em dados sistemas.

O método qualitativo é o que aqui se aplica, com perspectiva final comparativa.

13 V. <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/index_en.htm>. Acesso em: 16 set. 2015.

14 Sistema Europeu Comum de Asilo, aqui compreendendo-se asilo não em sua acepção técnica, de “instituto pelo qual um Estado fornece imunidade a um indivíduo em face de perseguição sofrida por esse em outro Estado” (Jubilut, op. cit., p. 37), de caráter discricionário e político, mas em sua acepção ampla, tal como entendido pelos partidários da unidade dos institutos do asilo e do refúgio, para quem “os ‘buscadores’ de asilo são todos os seres humanos que deixam seu país de origem e/ou de residência habitual e buscam proteção em outro Estado” (idem, ibidem).

15 Disponível em: <file:///C:/Users/RacheldeOliveira/Downloads/Convencao_Refugiados_OUA.pdf>. Acesso em: 16 set. 2015.

16 Doravante, todas as menções a contexto americano se referem à América Latina.

1 DELIMITAÇÃO DO DIREITO AO REFÚGIO

O isolamento do conceito de refugiado e das características do refúgio -- em contraponto com a migração genericamente considerada --, tal como adequado aos limites dispostos pelas normas de proteção, é relevância que tem respaldo na realização da eficácia protetiva específica para cada fragilidade, fragilidade esta que encontra na situação do refúgio uma amplitude ainda maior.

Não que o migrante *latu sensu* esteja à margem de vulnerabilidades. Ao contrário, e conforme nos lembram Rachel Sabates-Wheeler e Myrtha Wait¹⁷, qualquer migrante está submetido a vulnerabilidades de quatro ordens, à saber: “temporal, spatial, socio-cultural and socio-political”, seja por força das condições de trânsito, aí incluídas circunstâncias de duração ou mobilidade¹⁸, e de isolamento e perigo¹⁹; seja pelo conflito cultural estabelecido a partir de costumes e valores da comunidade de acolhida em relação àqueles abraçados pelos migrantes²⁰; seja pelo conteúdo das políticas migratórias estabelecidas e pela espécie de (des)proteção que se promove²¹, tanto no país de origem, mas notadamente no país de destino.

Ocorre que o titular do direito ao refúgio está ainda submetido ao grave e generalizado temor de perseguição, por força de critérios decorrentes de conteúdo intrínseco ao exercício dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade. Com efeito, não é irrefletida ou banal a eleição convencional de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social e opinião política como justificadores do grave e fundado temor de

17 *Migration and Social Protection: a concept paper*. Institute of Development Studies, Sussex, Dezembro, 2003, p. 13.

18 Temporal determinants of vulnerability factor largely in migrants' lives. In a static sense the migrant faces different vulnerabilities associated with different points in the migration process (migrants in transit, migrants at destination, and the migrant's family at source). In a dynamic sense the temporal vulnerabilities of a migrant and the family of the migrant at the source are nuanced by the length of migration (temporary, seasonal, long-term, daily, temporary, lifetime) (Wheeler; Wait, p. 13).

19 In transit, migrants may be 'remote' in terms of geography and in terms of access to basic services such as health and education. A large number of undocumented migrants are vulnerable to health problems because of inhospitable terrain on transit and isolation. They are also vulnerable to exploitation and poverty due to their spatial dis-location from economic and social opportunities. (Idem, p. 14).

20 Socio-cultural determinants of vulnerability for migrants reflect differences in the norms, values and customs which constitute local constructions of the 'migrant'. These constructions are often interwoven with culturally-held notions of race, gender and illegality which can constrain the nature of migrants' participation in labour markets (obviously depending on different categories of migrants and demographic characteristics). Idem, p. 15.

21 Socio-political determinants of vulnerability refer to the institutional constraints facing migrants and typically reflect the lack of political commitment from the destination government/society to the migrant. Idem *ibidem*.

perseguição²². Ao contrário, se tratam de circunstâncias que pressupõem discriminação violadora da liberdade de escolha, da igualdade de tratamento, e da fraternidade que decorre do respeito ao pluralismo e que se alia à solidariedade do acolhimento²³.

É um padrão mínimo²⁴ de proteção direcionada a qualquer ser humano, identificado a partir da convergência do DIR com o DIDH que, por possuir como eixo valorativo a dignidade humana, estabelece um núcleo duro protetivo que contém, dentre outros, os cinco motivos clássicos de reconhecimento do direito ao refúgio²⁵. Por isso a afirmação de que “os cinco motivos de reconhecimento [...] relacionam-se a direitos civis e políticos assegurados na esfera internacional e que, no caso dos refugiados, não estão sendo respeitados”²⁶.

Nada obstante originado historicamente do asilo *lato sensu*²⁷, o refúgio não se estabelece por prática diplomática discricionária de autoridades, mas, ao

22 A Convenção de 1958, em leitura conjunta com Protocolo de 1967, atribui qualidade de refugiada à pessoa que temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual [...] não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. O conceito convencional possuía um recorte temporal na origem, que será tratado mais à frente.

23 JUBILUT, op. cit., p. 113-114.

24 Conforme alerta James C. Hathaway, “while cultural, political, and economic factors have thus far precluded international consensus on what constitutes the fundamental elements of human rights law, there is agreement that some meaningful, albeit not fully comprehensive, level of international protection is appropriate” (A Reconsideration of the underlying Premise of Refugee Law. *Harvard International Law Journal*, Boston, v. 31, n. 1, p. 129-183, 1990).

25 Tenha-se em conta que cada um dos critérios possui as suas peculiaridades. No que diz respeito à *raça*, releva notar que a discriminação está atrelada aos fundamentos políticos da escravidão e à formação de minorias étnicas, sendo que esta última também é se constitui em fundamento para a discriminação em razão da *nacionalidade* (Estados multiétnicos). Ainda a este respeito – *nacionalidade* – importam também as questões referentes à apatridia, historicamente ensejada a partir da dissolução de Estados nacionais, ou dos processos de descolonização, em que se retiram de determinados grupos o reconhecimento do vínculo de nacionalidade. Sobre a *opinião política*, destacam-se os obstáculos e impedimentos ao pluralismo de ideias ensejados em regimes totalitários. Já a intolerância religiosa é o fundamento claro das perseguições por motivo de *religião*, principalmente onde não há a separação política em relação ao Estado. Por fim, no que diz respeito ao *pertencimento a grupo social*, se trata de critério em permanente construção, em vista da necessidade de se protegerem os diferentes grupos perseguidos ao longo da história, que se enquadram, a partir da ótica do perseguidor, em um critério aberto e flexibilizado. Ganham destaque neste último ponto as mulheres e os homossexuais (Cf. Jubilut, op. cit. p. 115 - 134).

26 *Ibidem*, p. 44.

27 Onde se inclui o asilo diplomático, o asilo territorial e o refúgio. Jubilut, após referir que o asilo *stricto sensu* “consiste, em linhas gerais, no instituto pelo qual um Estado fornece imunidade a um indivíduo em face de perseguição sofrida por esse em outro Estado” (op. cit., p. 37), esclarece: Por esse instituto jurídico um Estado tem o poder discricionário de conceder proteção a qualquer pessoa que se encontre sob sua jurisdição. É o que modernamente denomina-se asilo político, uma vez que é concedido a indivíduos perseguidos por razões políticas, e se subdivide em dois tipos: (1) asilo territorial – verificado quando o solicitante se encontra fisicamente no âmbito territorial do Estado ao qual solicita proteção; e (2) asilo diplomático – o

contrário, deve ser reconhecido enquanto qualidade que alcança o seu titular, o que torna a proteção estendida ao refugiado mais específica e diferenciada em relação àquela estendida ao migrante em geral ou ao solicitante de asilo *stricto sensu*. De fato, a expressão grave e fundado temor de perseguição traz em si intrínseca a inexistência de qualquer proteção estatal destinada à vítima de tal situação, de modo que a comunidade internacional como um todo, por força do princípio da solidariedade, passa a ser responsável pela incolumidade daquele indivíduo. São circunstâncias que decorrem do rompimento do vínculo social com o Estado de destino²⁸, e que remetem às nações unidas, cuja atuação é orientada por sentido de preservação da dignidade humana, a incumbência do acolhimento.

Não se trata aqui apenas de política migratória norteadada por princípio de soberania – e aqui sem entrar no âmbito do direito genérico de migrar, das demais espécies de deslocamentos forçados ou do direito de circulação, também muitas vezes alcançados por infundadas políticas restritivas -- mas, muito além disso, se trata de preservar ser humano perseguido e ameaçado em sua dignidade e em sua própria existência, o que torna peremptório o acolhimento e, principalmente peremptória a não devolução ou envio do solicitante de refúgio para locais em que a sua vida seja posta em risco, por aplicação de princípio de *non-refoulement*²⁹.

Certo, contudo, que, não fosse toda a normativa existente em torno do refúgio, e a construção da peremptoriedade antes referida passaria por um caminho muito mais tormentoso, como ocorre no âmbito genérico das migrações *lato sensu*, em que inexistente regime amplo de regulação do comportamento estatal a abranger todas as especificidades³⁰. O refúgio, ao contrário, conta com parâmetros normativos claros, que, portanto, não permitem discurso político restritivo, mas tão somente ampliativo da proteção.

Por certo que não se desconsidera aqui toda a prática tortuosa em torno do instituto, na qual se violam reiteradamente obrigações internacionalmente assumidas a partir da adesão aos Regimes de DIR,

asilo concedido em extensões do território do Estado solicitado como, por exemplo, em embaixadas, ou em navios, ou aviões da bandeira do Estado.

28 SHACKNOVE, Andrew. *Who is a Refugee?* Ethics, vol. 95, n° 02, p. 275, jan. 1985. Disponível em: <[http://www.law.lu.se/WEBUK.nsf/\(MenuItemById\)/JAMR27material/\\$FILE/Shacknove.pdf](http://www.law.lu.se/WEBUK.nsf/(MenuItemById)/JAMR27material/$FILE/Shacknove.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2015.

29 Do francês: não repeliir; não-repulsão. Dentre os princípios que informam o refúgio, esse é o que mais merece destaque, porque preceitua a proibição explícita de não repulsão e/ou de não devolução do refugiado para local em que sua vida esteja em risco.

30 JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci O. S. A Necessidade de Proteção Internacional no Âmbito da Migração, Revista Direito GV, São Paulo 6(1), p. 277, jan. – jun. 2010. No que diz respeito ao aspecto amplo das migrações, as autoras ressaltam ainda o que há são normas internacionais que, ao regularem questões como segurança, nacionalidade, apatridia, liberdade de circulação de pessoas, unificação familiar, direitos humanos, saúde, tráfico de pessoas, refúgio, asilo, tocam na temática das migrações; ou, ainda, normas de proteção geral aos seres humanos que se aplicam também às pessoas em movimento.

DIH e DIDH, ou em relação às quais se estabeleceu vinculação por força de costume internacional³¹ ou *jus cogens*³². Nem por isso, contudo, mesmo diante da ausência de vontade política, se pode afastar o caráter cogente das normas ora tratadas.

Cumprido destacar, por outro lado, e ainda em relação ao rompimento do vínculo social com o Estado de origem, que a extraterritorialidade é elemento essencial do conceito de refúgio. De fato, a condição de refugiado sempre pressupõe a necessária saída do território do Estado de origem, o que não ocorre com o migrante *latu sensu* -- ressalvado, por óbvio, o solicitante de asilo territorial --, cuja situação pode se encaixar na hipótese de deslocado interno e, portanto, ainda alcançado pela proteção do Estado de residência habitual.

Nada obstante, há quem entenda que a extraterritorialidade não se constituiria em requisito necessário ao reconhecimento da condição de refugiado, bastando que se identificasse a inexistência de quaisquer condições de tutela pelo Estado de residência habitual. Neste sentido, Shacknove, partindo do pressuposto de que “persecution is a sufficient, but not necessary condition for the severing of the normal social bond”, entende que “refugees are [...] person whose basic needs are unprotected by their country of origin who have no remaining recourse other than to seek international restitution of their needs, and who are so situated that international assistance is possible”³³.

Considerando abordagens de tal espécie, Liliana Jubilit³⁴ informa “a tentativa de diminuir a relevância da extraterritorialidade [em decorrência] do fechamento das fronteiras de vários Estados para os refugiados”. A mesma doutrinadora, contudo, dá conta de que, em termos práticos, a extraterritorialidade remanesce como elemento essencial, o que poderia ser constatado a partir dos dados estatísticos divulgados pelo Alto

31 Fonte do Direito Internacional, o costume internacional é formado a partir de um “elemento material constituído pela repetição constante e uniforme de determinados atos durante cento período” e da “convicção de que tais atos correspondem à execução de uma obrigação jurídica” -- elemento psicológico (AMARAL JUNIOR, Alberto. *Curso de Direito Internacional Público*, 4ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 132). Ao se referir aos perseguidos em razão de raça, religião, opiniões políticas, nacionalidade ou grupo social, Liliana Jubilit refere que “a concessão de proteção a essas pessoas é verificada ao longo de toda a história da humanidade de forma reiterada, o que nos permite dizer que veio a constituir um costume internacional” (Op. cit., p. 35).

32 A Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados de 1969, em seu artigo 53, conceitua *jus cogens* como sendo “uma norma imperativa de Direito Internacional geral” que, por sua vez, “é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”. Há entendimento doutrinário expressivo acerca da natureza de *jus cogens* que deve ser atribuída às normas de DIDH e DIH, complementares ao regime de DIR (Cf. Jubilit, op. cit.).

33 Op. cit., p. 277

34 Op. cit., p. 48.

Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), em que se apontava, à época, um crescente número de deslocados internos, em cotejo com a diminuição do número de refugiados.

Aspecto que também merece destaque é a imperatividade do estabelecimento de práticas cooperativas que, nada obstante devessem se constituir em ponto de convergência de atuação dos Estados, é, ao contrário, o ponto de estrangulamento do regime. Se a responsabilidade pelo refugiado é, como já dito, da comunidade internacional, e se a construção do instituto tem alicerce em fraternidade e solidariedade, claro está que o suporte do regime demanda prática cooperativa que, nada obstante expressamente invocada pelo Protocolo de 1967, nem sempre é observada pelo Estados, resistentes à aplicação adequada, sob o argumento falacioso de que lhes seria impossível suportar o ônus do acolhimento, quando é certo que é exatamente o fracionamento de responsabilidades que permite a efetividade das normas dispostas e mais: permite ao refugiado que, pela integração à sociedade de destino, se converta em força geradora de riqueza a partir do trabalho e desmistifique a noção de ônus social, deixando clara a vantagem do amparo.

Cumprir ainda referir que não se espera que necessidade e a imperatividade de proteção sejam perenes. Com efeito, o pressuposto é o de que, cessada a causa do refúgio, o indivíduo possa restabelecer o vínculo protetivo com o Estado de origem, desqualificando-se aí como refugiado. Por outro lado, outras formas de proteção internacional – como o é a aquisição de nova nacionalidade – também são possíveis e passíveis de ensejar a desnecessidade do refúgio³⁵.

Também não se pode desconsiderar que proteção de tal monta somente deve ser conferida a quem de fato mereça. Bem por isso, a normativa internacional³⁶ deixa claro que as disposições não se aplicam

[...]às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que:

a) Elas cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes.

b) Elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados.

35 Vide, a este respeito, o parágrafo 3º e alíneas do artigo 1º do Estatuto dos Refugiados de 1951.

36 Parágrafo 6º do artigo 1º do Estatuto dos Refugiados de 1951.

c) Elas se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas

Pois bem. Tratados assim, de modo geral, os elementos formadores do núcleo do regime objeto deste estudo, quais sejam: a extraterritorialidade de indivíduo alcançado por grave e fundado temor de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, opinião política e pertencimento a grupo social; e que – enquanto necessite e mereça -- passa a ser titular da demanda peremptória de acolhimento e não devolução perante uma comunidade internacional necessariamente cooperativa, cumpre agora tratar dos aspectos regionais do regime, no que se refere à América Latina e à Europa.

Não custa ressaltar, por outro lado, que, ainda que a pretensão neste primeiro tópico seja apenas a de delimitar o instituto do refúgio em seus aspectos mais conceituais, é bem certo que há ainda alguns outros pontos de grande importância -- tais como os princípios informadores do regime, as soluções duráveis, e a atuação expressiva de uma agência destinada ao tratamento do refúgio no âmbito da Organização das Nações Unidas, dentre outros – que, contudo, escapam de uma análise mais detida no presente trabalho, que não comporta o tratamento que lhes é apropriado.

2 PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS NA AMÉRICA LATINA

Ainda que seja certa a importância de homogeneidade prática e normativa em relação ao refúgio, a fim de que se evitem “discrepâncias no reconhecimento e aplicação do Direito Internacional dos Refugiados”³⁷, não se pode desconsiderar a relevância da delimitação do contexto regional para a efetividade e a ampliação protetiva. De fato, o estabelecimento de estratégias, assim como a abordagem fática dos problemas, depende diretamente da identificação das especificidades de cada região e é, inclusive, capaz de promover alterações normativas.

Veja-se o exemplo africano: se o fluxo migratório que deu origem à constituição do regime internacional formado após a segunda grande guerra era basicamente composto por judeus e palestinos, o movimento de descolonização que se seguiu historicamente foi capaz de ensejar conflitos civis, notadamente na África e na Índia, situação que não se encaixava de qualquer modo ao recorte temporal originalmente estabelecido pela Convenção de 1951, nem, muitas vezes, com a agilidade necessária, aos critérios legais de fundamento

37 JUBILUT, Lílana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. Os Desafios de Proteção aos Refugiados e Migrantes Forçados no Marco de Cartagena +30. *REMHU – Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, Brasília, Ano XXII, n. 43, p. 11-33, p. 16, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a02.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2015.

do temor de perseguição. Justificava-se aí a ampliação do conceito no contexto regional, pelo que a Convenção de Organização de Unidade Africana que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África passou também a identificar como refugiado

peessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade³⁸.

Neste documento se reconhece “that fundamental forms of abuse may occur not only as a result of the calculated acts of government [...], but also as a result of that government’s loss of authority³⁹, o que, conforme alerta Liliana Jubilut, somente ocorreu “em função das especificidades da África, especialmente da constituição deste continente, o qual é formado por diversas etnias [...], decorrendo de tal fato a convivência de diferentes culturas e políticas dentro de um único Estado”⁴⁰.

O documento africano, por outro lado, datado de 1969, exerceu influência sobre a ampliação de conceito também promovida na América Latina, contudo a partir de processo diferenciado. De fato, a alteração do pensamento latino-americano em torno do refúgio se relaciona num primeiro momento ao estabelecimento dos regimes ditatoriais das décadas de 1970 e 1980, e, mais recentemente, ao crime organizado.

Considerando o fluxo migratório ensejado pelos regimes totalitários referidos – principalmente os havidos na Nicarágua, em El Salvador, na Guatemala e no Chile⁴¹ --, e a crescente demanda por proteção⁴², a comunidade acadêmica latino-americana reuniu-se em Catargena das Índias/Colômbia, no ano de 1984, e ali invocou a ampliação do conceito de refugiado, para que se incluísse a grave e generalizada violação de

38 Artigo 1(2).

39 HATHAWAY, J. C. A Reconsideration of the underlying Premise of Refugee Law. *Harvard International Law Journal*, Boston, v. 31, n. 1, p. 129-183, 1990, p. 17.

40 Op. Cit., p. 137.

41 Para um contexto mais amplo acerca de tais regimes, veja-se: MOREIRA, Julia Bertino. A Problemática dos Refugiados na América Latina e no Brasil, *Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, ano 4 - v. 2, p. 57-76, 2005. Disponível em: <http://www.usp.br/prolam/downloads/2005_2_3.pdf>. Acesso em 26 set. 2015.

42 “[...] por conta desses contextos de instabilidade política e de graves e generalizadas violações de direitos humanos, que perduravam no início da década de 1980 principalmente na América Central, constatou-se um fluxo de refugiados estimado em torno de dois milhões de indivíduos” (Jubilut; Madureira, op. cit., p. 18).

direitos humanos dentre os motivos de alcance do indivíduo pela proteção do regime. Sob a ótica ali estabelecida,

O exame de uma solicitação de refúgio não mais se baseia exclusivamente no bem-fundado temor individual de perseguição, mas também na situação objetiva do país de origem a fim de se verificar se existe uma realidade de grave e generalizada violação de direitos humanos⁴³.

Por outro lado, também se demandou dos Estados a inserção do direito ao refúgio nos respectivos ordenamentos jurídicos internos.

Este colóquio -- ainda que não tenha originado documento vinculante -- estabeleceu o que se costuma designar de “Espírito de Cartagena”, como elemento propulsor do constante resgaste de diálogo, atuação e cooperação referente ao refúgio na América Latina e no Caribe. Tanto é assim, que, apesar da relevância extraordinária, ali se tem apenas o marco inicial de um processo de revisão da Declaração de Cartagena, atualizado, em geral, a cada dez anos, e que, a partir da perspectiva histórica e política, assume novos objetivos e desafios para o sistema regional.

Tem-se assim: a adoção da Declaração sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas (Declaração de San José), procedida no marco dos dez anos, com ênfase à questão dos deslocados internos; o Plano de Ação do México (PAM), concebido no marco dos vinte anos, em que se destaca a responsabilidade partilhada; a Declaração de Brasília sobre Proteção aos Refugiados e Apátridas no Continente Americano (Declaração de Brasília), adotada em 2010, fora do marco comemorativo, em que se realça a importância do tratamento da apatridia e dos fluxos mistos; e, no marco dos trinta anos, a Declaração e Plano de Ação do Brasil, que, após abrangente ação consultiva⁴⁴ e participação destacada da sociedade civil, abraça a efetividade como uma questão primordial, com destaque aqui para o programa Mobilidade Laboral, em que se busca possibilitar a migração a trabalho daquele que já tem reconhecida a condição de refugiado, e para o programa Asilo de Qualidade que, “facilitado pelo ACNUR na região, tem como objetivos

43 Op. cit., p. 20.

44 Anteriormente à reunião de Brasília, que culminou com a Declaração e o Plano de Ação, foram realizados quatro encontros: na Argentina, no Equador, na Nicarágua e nas Ilhas Caymann. Castillo destaca que Cartagena +30 had the broadest ever consultative process since 1984, with four sub-regional meetings and a Ministerial closing event in Brasilia which enjoyed the participation of virtually all governments of Latin America and the Caribbean, other observer governments, refugees, internally displaced and stateless persons, international and regional bodies, and more than 150 NGO and academic representatives (CASTILLO, Carlos Maldonado. *The Cartagena Process: 30 years of innovation and solidarity. Forced Migration Review*, Oxford, v. 49, p. 89-91, May 2015. p. 90).

melhorar os procedimentos de elegibilidade, fortalecer a capacidade e o conhecimento das autoridades de asilo, e introduzir conceitos eficientes de gestão e manejo dos procedimentos⁴⁵.

Nada obstante a constante renovação do processo, se observa que desde o início a convergência entre o DIR, o DIDH e o DIH fazem parte da pauta proposta, a partir da “centrality of the principle pro homine”, como aquele segundo o qual “laws shall be interpreted and applied in a way that will most favour the respect of human rights of the individual”⁴⁶. Ademais, não se trata de substituição de objetivos, mas de acréscimos e atualizações, destacando-se sempre a necessidade de atuação unificada, de adesão aos documentos universais e regionais de proteção aos direitos humanos⁴⁷, de proteção a deslocados e apátridas, de necessárias cooperação e responsabilidade compartilhada e de ênfase às soluções duráveis, notadamente o reassentamento⁴⁸.

Sobre as soluções duráveis se pode dizer que são o grande destaque da proteção ao refúgio desempenhada na América Latina, como expressão da efetividade conferida aos princípios da solidariedade e da fraternidade, invocados desde o marco inicial do colóquio de 1984.

A partir da reunião que originou a Declaração de Brasília, preparatória para o marco dos vinte anos que deu origem ao PAM – considerado o fluxo de refúgio originado da Colômbia, país de histórica instabilidade política⁴⁹ –, se constatou formalmente que a concentração de refugiados em certos Estados carecia de uma maior equalização de responsabilidades, dado que maioria dos perseguidos busca asilo em Estados fronteiriços àquele de origem.

Como agência da Organização das Nações Unidas (ONU) com mandato universal para o tratamento e proteção dos refugiados, o ACNUR trabalha, desde a origem, com três formas de soluções duráveis para a questão do refúgio: a repatriação voluntária, a integração local e o reassentamento,

45 Declaração e Plano de Ação do Brasil. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9866>>. Acesso em: 26 set. 2015.

46 *Ibidem*, p. 90-91.

47 Tanto a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) quanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) “reconhecem que toda pessoa tem direito, em caso de perseguição não resultante de crimes comuns, de buscar e receber asilo em um território estrangeiro” (MENEZES, Fabiano Lourenço de. O Panorama de Proteção dos Refugiados na América Latina. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme de Assis (org.). *60 Anos de ACNUR: perspectivas de futuro*. São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011, p. 93-94).

48 *Ibidem*, *ibidem*.

49 Para maiores detalhes, v. JUBILUT, Liliana Lyra; CARNEIRO, Wellington. Resettlement in Solidarity: a regional new approach towards a more humane durable solution. *Refugee Survey Quarterly*, v. 30, n. 3, 2011. p. 63-86.

cada uma destas mais adequada a determinada situação⁵⁰. No caso da América Latina, constatando-se que a permanência da instabilidade política inviabiliza a repatriação voluntária, e que a busca por asilo em Estados de fronteira lança sobre estes responsabilidade que carece de divisão – o que muitas vezes inviabiliza a integração ao primeiro Estado de asilo –, concluiu-se que o reassentamento, nada obstante originariamente concebido como exceção ao sistema de soluções duráveis⁵¹, seria política adequada ao quadro fático encontrado.

Relevante o fato de que coube ao Brasil a iniciativa de propor o denominado Reassentamento Solidário, programa a partir do qual se punham em práticas disposições normativas já constantes da Lei 9.474, de 1997, legislação pioneira na região no que concerne à internalização das bases do refúgio. De fato, o artigo 46 do estatuto em referência já dispunha que “o reassentamento de refugiados no Brasil se efetuará de forma planejada e com a participação coordenada dos órgãos estatais e, quando possível, de organizações não-governamentais, identificando áreas de cooperação e de determinação de responsabilidades”. Menezes⁵² destaca que também o Chile, o Uruguai e a Argentina assumem política de reassentamento na região, com vistas ao *burden-sharing*, notadamente em relação ao Equador e Costa Rica.

Vale observar, por outro lado, que o destaque do reassentamento não depõe contra outras práticas, mormente quando se considera que o PAM possuía duas outras faces: fronteiras solidárias, em que se destaca o acolhimento nas fronteiras a partir de autoridades treinados à não violação do princípio de *non-refoulement*; e cidades solidárias, voltado à integração local. Tais perspectivas se aliam ainda à capacitação de autoridades para o reconhecimento adequado da condição de refugiado, a partir de acolhimento apropriado. Pode-se também verificar no Plano de Ação do Brasil o compromisso assumido em relação a todas as demais práticas de proteção.

Há, contudo, notícias de aplicação restritiva do regime pela Venezuela e pelo Panamá, a partir de reconhecimentos temporários da condição de refugiados, convolados em permanentes a partir de fórmula muito restritiva – ou mesmo não convolados –, que finda por não estender aos titulares os direitos que lhes são garantidos convencionalmente, nem tampouco lhes proporcionar a adequada integração ou reassentamento⁵³.

50 Para maiores informações sobre soluções duráveis, veja-se: <<http://www.unhcr.org/pages/49c3646cf8.html>>. Acesso em: 26 set. 2015.

51 JUBILUT; CARNEIRO, op. cit., p. 68-69.

52 MENEZES, op. cit., p. 96.

53 *Ibidem*, p. 98.

Por outro lado, também parece claro que, nada obstante se assumam outros desafios, remanescem problemas antigos diante da instabilidade política e econômica da região, que ainda lida com o crime organizado internacional e com a guerrilha disposta pelas Forças Revolucionárias Colombianas (FARC), além do movimento de crianças desacompanhadas que partem da América Central para os Estados Unidos e o Canadá, e dos fluxos migratórios mistos pelo mar do Caribe, em que se verificam muitos acidentes marítimos, seguidos de morte⁵⁴.

Vale também referir a tendência do sistema de se voltar para a proteção dos demais migrantes forçados, pelo que “grande parte dos desafios existentes relaciona-se a questões conceituais para a ampliação ou criação de formas obrigatórias de proteção aos migrantes forçados na região, tema em que não parece haver consenso ou comprometimento dos Estados”⁵⁵.

De qualquer forma, se pode dizer que a América Latina tem, de um modo geral, estabelecido prática de acolhida e de reiterada busca de soluções às crises humanitárias.

3 PROTEÇÃO AOS REFUGIADOS NA UNIÃO EUROPEIA

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) se constitui no primeiro documento regional no âmbito da Europa a dispor sobre o direito de refúgio, expressão do artigo 18 do documento, verbis:

É garantido o direito de asilo, no quadro da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 e do Protocolo de 31 de Janeiro de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados, e nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

Nada obstante, há notícias de tratativas para a criação do Common European Asylum System desde 1999⁵⁶, a partir de propostas de estabelecimento de atuação prática e normativa harmônica entre os Estados da região.

Não custa lembrar que as bases cooperativas dispostas para o continente europeu no período posterior à segunda guerra mundial assumiram tendência econômica prevalente, que somente começou a ser

54 Para maiores informações, vide: UNHCR-Américas. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/pages/4a02da6e6.html>>. Acesso em: 27 set. 2015.

55 JUBILUT; MADUREIRA, op. cit., p. 29.

56 EUROPEAN COMMISSION. MIGRATION AND HOME AFFAIRS. Disponível em: <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/index_en.htm>. Acesso em 27 set. 2015.

arrefecida a partir do Tratado de Maastricht de 1992, formador da União Europeia, ampliado em sua base de adesão com as reformas institucionais promovidas pelos tratados de Amsterdã em 1999 e de Nice em 2004⁵⁷, que ao permitirem a produção legislativa em torno de assuntos diversos, bem como a criação de mecanismos de efetividade da legislação a ser disposta, exercem influência direta sobre as medidas de acolhimento de refugiados.

Relevante neste contexto o Programa de Tampere de 1999 que, a partir do quanto disposto pelo Tratado de Amsterdã, estabelece a política comum da União Europeia em matéria de asilo e migração⁵⁸. Ressalta de tal programa, contudo, uma expressiva preocupação com questões de segurança nacional, donde não sobressai concepção positiva acerca do direito de migrar, mas ao contrário, tratamento enrijecido com foco em clandestinidade. De fato, nada obstante ali se declare que a liberdade de circulação “não deve ser considerada um reduto exclusivo dos cidadãos da União”, também se ressalta “a necessidade de um controle coerente das fronteiras externas para pôr cobro à imigração ilegal e combater aqueles que a organizam e cometem crimes internacionais com ela relacionados”⁵⁹.

O Programa de Haia de 2004, por seu turno, já sob os auspícios do Tratado de Nice, invoca uma “abordagem equilibrada sobre migração”, ainda, contudo, tomada em termos de contraposição legalidade-ilegalidade, muito embora se demonstre real preocupação com o tráfico de seres humanos. Vale destacar neste momento a criação dos fundos de migração, consistentes em Fundo para as Fronteiras Externas, Fundo para a Integração, Fundo de Regresso e do Fundo Europeu para os Refugiados⁶⁰.

Esse o contexto da instituição do CEAS, após ampla consulta orientada por um Green Paper on the future Common European Asylum System⁶¹, que por sua vez deu origem ao Policy Plan on Asylum- an integrated approach to protection across the European Union⁶², instituindo o sistema a partir de três pilares: i) harmonização; ii) efetividade e cooperação; iii) solidariedade e responsabilidade compartilhada.

57 Para maiores detalhes, vide: BORCHADT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union Law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. Disponível em: <http://europa.eu/documentation/legislation/pdf/oa8107147_en.pdf>. Acesso em: 27 set. 2015.

58 Vide as conclusões do Conselho Europeu de Tampere de 1999. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm#a>. Acesso em: 27 set. 2015.

59 Ibidem.

60 Programa de Haia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:l16002>>. Acesso em: 27 set. 2015.

61 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0301:FIN:EN:PDF>>. Acesso em: 27 set. 2015.

62 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0360:FIN:EN:PDF>>. Acesso em: 27. Set. 2015.

Por certo que a este tempo estava em vigor a já mencionada CDFUE, “solemnly proclaimed [...] by the three main European Union (EU) institutions, namely, the European Parliament, the Council, and the Commission, on the fringe of a meeting of the European Council in Nice”⁶³. O documento, contudo, só foi convolado em vinculante no âmbito institucional da União Europeia a partir do Tratado de Lisboa que, em seu artigo 6(1), confere à CDFUE o valor legal dos Tratados, o que, todavia, ainda assim, não garante a imperatividade de aplicação no âmbito doméstico dos Estados, por força do princípio da subsidiariedade, informador do ordenamento da União Europeia. Vale a transcrição do alerta:

As far as the Member States are concerned, unlike other human rights instruments, the Charter does not bind them to guarantee the rights it enshrines to everyone in their territory and under their jurisdiction in an unqualified manner, but rather, by its very nature as an instrument of Union law, its scope of application is limited to the areas of State activity ruled by Union law itself. Accordingly, article 51 of the Charter specifies that it shall apply to the “institutions, bodies, offices and agencies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law” (emphasis added)⁶⁴.

Cabe aqui abrir um parêntese para a esclarecer que não é novidade essa compreensão acerca da natureza jurídica não vinculante de cartas e declarações estabelecidas a partir de atos institucionais, não investidos da formalidade adstrita aos tratados e convenções. Como alerta Gil-Bazo, “[t]he Charter, therefore, is not a treaty as a matter of international law, as it is not an agreement between States. It was neither signed and ratified by the Member States, nor have its provisions been included in the Treaty of Lisbon”⁶⁵. Nada obstante, além da já mencionada natureza de costume internacional, ou mesmo de jus cogens, admitida ao instituto do refúgio, o DIR já estava posto enquanto regime universal e, muito embora não compusesse formalmente a estrutura normativa a União Europeia, já era vinculativo da atuação dos Estados-membros.

De todo modo, o Tratado de Lisboa tratou de reforçar ainda mais a imperatividade da aplicação do regime de refúgio naquela sede regional.

63 GIL-BAZO, María-Teresa. The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the *Union's Law, Refugee Survey Quarterly*, Vol. 27, No. 3, p. 33-52, 2008, p. 33.

64 GIL-BAZO, op. cit., p. 36.

65 *Ibidem*, p. 35.

Ao que consta, portanto, a União Europeia se encontra alcançada pelas normas de tratamento do refúgio de modo até mais amplo do que a América Latina, e conta inclusive com organização institucional mais avançada, notadamente no que diz respeito à existência de um Fundo para Refugiados, o que, contudo, não tem impedido a resistência em torno da cooperação e, o que é pior, tem fomentado a reiterada violação do princípio de non-refoulement.

Perceba-se que também o Programa de Estocolmo⁶⁶ que, na sequência dos já mencionados Programas de Tempere e de Haia, estabeleceu as prioridades da União Europeia para o período havido entre 2010 e 2014, manteve o discurso da segurança e do controle de ilegalidade da migração.

Vale lembrar que, na primeira fase das tratativas e formação para a composição do CEAS, o fluxo do refúgio para países do continente europeu advinha da região dos Balcãs, por força do conflito havido entre bósnios, sérvios e croatas⁶⁷. Posteriormente, a região passou a receber um número maior de refugiados advindos do Afeganistão, do Iraque, e da Eriteia e da Síria, além do Congo e da República Centro-Africana, o que deixa claro que a guerra é o motivo por excelência para a busca do refúgio nos países da Europa. Ainda assim, diante de contextos bélicos, a política de segurança nacional prevalece e a partilha de responsabilidades se confronta com argumentos de custo-benefício, que tratam da vida humana sob o pressuposto da produção de riqueza. A paralisação ostentada pelas autoridades diante dos fluxos massivos — inclusive menosprezados —, aliada a concepções de que o apoio deve ser prestado a partir da estipulação singela de quotas de acolhida e da formação e manutenção de campos de refugiados nos continentes de origem, ou mesmo os fundamentalismos que invocam o fechamento de fronteiras, têm dado o tom histórico do tratamento do refúgio pelos países que compõem a União Europeia.

A organização não-governamental Plataforma for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM) alerta que

For nearly two decades, a security focus to migration has resulted in major efforts towards securing EU external borders, the creation and maintenance of detention facilities, and efforts to criminalise and define unwanted human mobility. Focus has also increasingly been shifted on blaming smugglers who – in the absence of official

66 Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:jl0034>>. Acesso em: 28 set. 2015.

67 Já houve recomendação, pelo ACNUR, de cessação da condição de refugiado reconhecida aos croatas, na medida em que já inexistem os motivos que deram origem ao fundado temor de perseguição ensejado pela Guerra dos Balcãs. Informação disponível em: <<http://www.unhcr.org/pages/4a02d9346.html>>. Acesso em: 28 set. 2015.

and safe channels - often offer the only possible route to Europe for migrants and refugees⁶⁸.

Neste ano de 2015 o fluxo de migrantes em busca de abrigo europeu, em sua maior parte refugiados de guerra, alcançou volume impressionante. Já se trata como a maior crise de refugiados desde a segunda guerra mundial⁶⁹. Nos últimos meses, diante das mortes ocorridas no mar, e do atravessamento do continente por grupos numerosos, as autoridades da União Europeia têm se debatido em torno da questão, contudo sem alcançar solução adequada para a situação das milhares de pessoas que hoje perambulam de fronteira em fronteira. Algumas luzes de esperança têm sido acesas de modo isolado por países como a Alemanha, historicamente acolhedor, mas o contraponto da repulsão ainda é significativo e somente poderá ser contornado pela postura cooperativa do acolhimento.

4 CONCLUSÃO

Ressalta do quanto até aqui disposto um paralelo entre a norma e prática. Se por um lado na América Latina inexistente documento vinculante que disponha expressamente sobre as bases regionais do refúgio, o que acaba sempre levando à necessária interpretação ampla do sistema, por convergência do DIR com o DIDH e o DIH, e elevando a importância das legislações internas dos Estados, por outro lado, a União Europeia conta com regime regional expressamente vinculativo.

Nada obstante, a ausência de norma regional vinculante não tem impedido o crescimento da prática cooperativa nos Estados latino-americanos, mormente no que diz respeito às soluções duráveis. Por outro lado, a vinculação normativa não foi capaz de alterar a postura reticente dos Estados da União Europeia quanto ao acolhimento de refugiados.

É bem verdade que o contexto de migração bilateral constatado na América Latina – que concentra países com características concomitantes de imigração e emigração – pode garantir disposição à reciprocidade e cooperação. Contudo, considere-se que o continente europeu possui dívida histórica de migração em busca de refúgio, e que – se não for apenas pelo argumento do amor -- este mesmo continente de população envelhecida perde oportunidade de acolher força de trabalho jovem, que pode inclusive

68 Vide PICUM em: <<http://picum.org/pt/>>. Acesso em: 28 set. 2015.

69 Vide <http://mondoweiss.net/2015/09/refugee-crisis-since?utm_source=Mondoweiss+List&utm_campaign=ce4670a808-RSS_EMAIL_CAMPAIGN&utm_medium=email&utm_term=0_b86bace129-ce4670a808-398441749>. Acesso em 29 set. 2015.

ser a solução de muitos sistemas previdenciários em colapso, fatores que também deveriam impelir à prática cooperativa.

Não se desconsidere, por outro lado, que se trata aqui de região desenvolvida em contraposição a região em desenvolvimento. Nem tampouco que a comunidade internacional através da Organização das Nações Unidas e de suas agências, notadamente o ACNUR, assume responsabilidade financeira nestas regiões (há fundos para tanto), o que torna ralo o discurso do ônus.

Diante de todo o exposto, o que se espera da América Latina é que efetive os compromissos assumidos pelo Plano de Ação do Brasil, que amplie sua base de cooperação e supere os velhos problemas. E o que se espera da União Europeia -- e da Europa como um todo -- é que assuma postura não refratária diante do refúgio, que se engaje cooperativamente para a repartição da acolhida e que estabeleça um ciclo retroalimentador entre o seu crescimento político, social e econômico e o empoderamento dos perseguidos que buscam ali o seu lugar ao sol, de modo a que um seja a causa e a consequência do outro.

REFERÊNCIAS

AMARAL JUNIOR, Alberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BORCHADT, Klaus-Dieter. *The ABC of European Union Law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. <http://europa.eu/documentation/legislation/pdf/oa8107147_en.pdf>. Acesso em: 27 set. 2015.

CASTILLO, Carlos Maldonado. The Cartagena Process: 30 years of innovation and solidarity. *Forced Migration Review*, Oxford, v. 49, p. 89-91, May 2015.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, *Resumo das Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 e dos Seus Protocolos Adicionais*. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/assets/files/publications/0368.007_resumo-das-conven%C3%A7%C3%B5es.pdf>. Acesso em: 16 set. 2015.

GIL-BAZO, María-Teresa. *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to Be Granted Asylum in the Union's Law*, *Refugee Survey Quarterly*, v. 27, No. 3, p. 33-52, 2008.

HATHAWAY, J. C. A Reconsideration of the underlying Premise of Refugee Law. *Harvard International Law Journal*, Boston, v. 31, n. 1, p. 129-183, 1990.

JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro, São Paulo: Método, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci O. S. A Necessidade de Proteção Internacional no Âmbito da Migração, *Revista Direito GV*, São Paulo 6(1), p. 275-294, jan. – jun. 2010.

JUBILUT, Liliana Lyra; CARNEIRO, Wellington. Resettlement in Solidarity: a regional new approach towards a more humane durable solution. *Refugee Survey Quarterly*, v. 30, n. 3, 2011, p. 63-86.

JUBILUT, Liliana Lyra; MADUREIRA, André de Lima. Os Desafios de Proteção aos Refugiados e Migrantes Forçados no Marco de Cartagena +30. *REMHU – Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, Brasília, Ano XXII, n. 43, p. 11-33, jul./dez. 2014, p. 16. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a02.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2015.

MENEZES, Fabiano Lourenço de. O Panorama de Proteção dos Refugiados na América Latina. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme de Assis (org.). 60 Anos de ACNUR: perspectivas de futuro, São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011, p. 93-109.

MOREIRA, Julia Bertino. A Problemática dos Refugiados na América Latina e no Brasil, *Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, ano 4 - vol. 2, p. 57-76, 2005. Disponível em: <http://www.usp.br/prolam/downloads/2005_2_3.pdf>. Acesso em: 26 set. 2015.

ROCHA, Rossana Reis; MOREIRA, Júlia Bertino. Regime Internacional para Refugiados: mudança e desafios, *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 18, n. 37, p. 17-30, out. 2010.

SABATES WHEELER, Rachel; WAITE, Myrtha. Migration and Social Protection: a concept paper, Institute of Development Studies, Sussex, Dezembro, 2003. Disponível em: <http://www.migrationdrc.org/publications/working_papers/WP-T2.pdf>. Acesso em: 14 set. 2015.

SHACKNOVE, Andrew. *Who is a Refugee? Ethics*, v. 95, nº 02, p. 274-284, jan. 1985. Disponível em: <[http://www.law.lu.se/WEBUK.nsf/\(MenuItemById\)/JAMR27material/\\$FILE/Shacknove.pdf](http://www.law.lu.se/WEBUK.nsf/(MenuItemById)/JAMR27material/$FILE/Shacknove.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2015.



DESENVOLVIMENTO REGIONAL NA UNIÃO EUROPEIA E NO ESTADO BRASILEIRO

*REGIONAL DEVELOPMENT IN EUROPEAN UNION AND
BRAZILIAN STATE*

Rodrigo Soldi

Advogado da União

Doutor e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

SUMÁRIO: Introdução; 1 O desenvolvimento regional na União Europeia e no Brasil; 1.1 O desenvolvimento regional na União Europeia; 1.2 O desenvolvimento regional no Brasil; 2 Aproximações comparativas entre as instituições no Brasil e na União Europeia para a consecução de políticas públicas; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: As desigualdades regionais são um problema comum enfrentado tanto no Brasil como na União Europeia e internamente nos seus Estados-membros. A Comunidade Econômica Europeia, que tem suas raízes no tratado de Roma de 1957, tinha uma visão restrita do desenvolvimento regional aos problemas de infraestrutura. A partir do Tratado de Maastrich acentou-se o processo de integração econômica que conformou as políticas de coesão econômica e social para estabelecer o mercado interno. No Estado brasileiro, a Constituição federal inseriu o desenvolvimento regional no projeto nacional de desenvolvimento, no qual os entes da federação detêm as competências para promover o desenvolvimento econômico e social. A questão regional está vinculada a um sistema jurídico em que há interconexão entre os ordenamentos estatais e o europeu. Nas duas realidades identificam-se problemas para implementar as políticas de coesão regional, pois existem entraves para coordenar o projeto de desenvolvimento no Estado brasileiro, assim como existem dificuldades deparadas pelos Estados-membros da União Europeia que convivem com as desigualdades regionais. O presente ensaio pretende aproximar o tratamento da questão regional entre a União Europeia e o Brasil, para que possamos refletir sobre a relevância do papel do Estado na atividade econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento Regional. Políticas Públicas. União Europeia, Planejamento. Federalismo Cooperativo. Constituição. Regiões.

ABSTRACT: Regional inequalities are a common problem faced in Brazil and the European Union and inside in its Member States. The European Economic Community, which found her roots in the Rome Treaty of 1957, had a restricted view of regional development to infrastructure problems. From the Treaty of Maastricht has been emphasized the process of economic integration that submitted economic and social cohesion policies to the bases of the Treaty in order to establish the internal market. In the Brazilian state, the federal Constitution settled regional development in the national development project, in which the federal entities hold the competencies for promote the economic and social development. The regional issue is linked in the legal system where there is interconnection between state law and European. In these two situations are identified problems to implement regional cohesion policies, because there are barriers to coordinate the development project in the Brazilian State, just as there are difficulties encountered by the Member States of the European Union who have regional

inequalities. This essay intend to approach the treatment of regional issue between the European Union and Brazil, in order to think about the relevance of the State's role in economic activity.

KEYWORDS: Regional development. Policies. European Union. Planning. Cooperative federalism. Constitution. Regions.

INTRODUÇÃO

As políticas públicas¹ de desenvolvimento regional voltadas para a redução das desigualdades regionais não estão restritas aos Estados federados, como o brasileiro ou alemão, ou aos Estados unitários, como o italiano, espanhol ou português, pois é uma questão intrínseca na ordem econômica capitalista. As assimetrias no processo do desenvolvimento no sistema de produção capitalista não se dirigem para o equilíbrio, visto haver no jogo das forças do mercado a tendência de ocasionar desigualdades regionais. Diversos fatores, entre os quais migração de pessoas, movimento das relações de capitais, o trânsito do capital, influem no processo de acumulação em algumas regiões em detrimento de outras.²

Esse cenário não é diferente quando ampliamos o campo de visão para o cenário da União Europeia, pois, além das fronteiras dos Estados-membros do organismo internacional de âmbito regional, há entre os Estados partícipes desigualdades regionais, os quais são mais acentuados nos Estados menos desenvolvidos. A desigualdade regional pode ser vista não somente na perspectiva da forma de Estado (federal, unitário), como também no âmbito das suas divisões políticas internas (Estados, Regiões, Comunidades Autônomas, p. ex.), pois determinados territórios mais desenvolvidos convivem com outros atrasados. Outro desafio de maior dimensão a ser alcançado nesse continente é conformar as áreas desenvolvidas e atrasadas no sistema econômico nacionais e compatibilizá-las aos da União Europeia.

1 Utiliza-se o termo política nesse estudo com base na noção construída por Maria Paula Dallari Bucci: “[...] política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.” BUCCI, Maria Paula Dallari (coord.). *Políticas Públicas. Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, p. 39, 2006.

2 MYRDAL, Gunnar. *Teoria Econômica e Regiões Subdesenvolvidas*. 2. ed. Rio de Janeiro, Zahar, p. 53, 1962.

No Brasil o problema da questão regional sempre esteve marcado por notórias distorções entre áreas competitivas e não competitivas no país, resultado da fragmentação, ou seja, da ausência de integração da economia nacional, típico de um Estado que promoveu de forma retardatária o processo de industrialização. Os problemas regionais entraram na pauta das políticas governamentais do Brasil, apesar de previsão de problemas pontuais nas Constituições de 1934, 1937 e 1946, após a iniciativa de tratar pioneiramente os problemas do Nordeste de forma coordenada com a criação da Sudene no início da década de sessenta.

A opção política pela criação de organismos regionais de desenvolvimento no Brasil ganhou impulso na década de sessenta, impulsionados pela ideologia de desenvolvimento defendida pela CEPAL, e sobretudo com os resultados advindos do GTDN (Grupo de Trabalho de Desenvolvimento do Nordeste), conduzido por Celso Furtado. A partir daí efetivamente a questão regional entrou definitivamente na pauta dos planos de governo para a valorização das regiões menos desenvolvidas. Com o auxílio das estruturas administrativas, as autarquias de desenvolvimento regional, podem ser feitos os primeiros ensaios para dar efetividade às políticas econômicas e sociais para as áreas menos favorecidas do território nacional. Tânia Bacelar de Araújo acentua que as formas de intervenção do Estado no domínio econômico, baseada principalmente na promoção de estímulos fiscais e financeira, na aplicação de investimentos em obras de infraestrutura, modificaram o cenário das chamadas regiões problema (Norte, Nordeste e Centro-Oeste).³ No entanto, as políticas desenvolvimento regional foram dispersas sobretudo na segunda metade dos anos setenta e a primeira dos anos oitenta, fato esse que intensificou as diferenças entre as sub-regiões de cada região.⁴

Do ponto de vista continental, as políticas regionais também estavam na pauta da ordem do dia quando da assinatura do Tratado de Roma em 1957 pelos membros fundadores⁵ da Comunidade Econômica Europeia. No ano seguinte à vigência do tratado o financiamento das políticas regionais comunitárias era custeado pelo Fundo Social Europeu (1958) e pelo Fundo para Financiamento da Agricultura Europeia (1962). Diante das crises econômicas que agravaram a economia europeia, sobretudo em razão da crise do petróleo em 1973, houve a criação em 1975 de um fundo específico destinado à superação das desigualdades regionais, o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional.

3 ARAÚJO, Tânia Bacelar. *Ensaio sobre o desenvolvimento brasileiro*: Heranças e Urgências. Rio de Janeiro: Revan; Fase, 2000. p. 129.

4 ARAÚJO, op. cit., p. 230.

5 Alemanha, França, Itália, Bélgica, Luxemburgo e Países Baixos.

Na década de oitenta os fundos europeus foram reestruturados para que pudessem ser enfrentados os desafios enfrentados pelas políticas de desenvolvimento regional, sobretudo para atender aos novos integrantes da Comunidade Econômica Europeia.

Passados dez anos houve a ampliação das relações internacionais dos Estados europeus na década de noventa, o qual foi marcada com a assinatura do Tratado de Maastrich em 1992, porque esse ato internacional marca o avanço do estreitamento das relações econômicas entre os Estados-membros com a implementação da União Econômica e Monetária, que resultou na criação da moeda única e do Banco Central Europeu.

Na virada do milênio o Tratado de Nice redefiniu o nome da organização internacional para União Europeia, e admitiu a inclusão de significativos Estados do leste europeu, passando de quinze para vinte e cinco membros. Incorporou-se à União Europeia novas demandas aos fundos estruturais, visto o aumento significativo das disparidades entre as regiões, já que entre outros fatores, ressalta-se, a média da renda per capita dos novos integrantes era somente 43,7% dos demais quinze membros da União Europeia.⁶

A visão de um ordenamento jurídico comunitário não é percebida de forma consensual como o caminho único ou a fórmula ideal para atingir o bem-estar da Europa.⁷ Por exemplo, a ênfase dada à política monetária estabelecida pelo Banco Central Europeu, que tem por prioridade o objetivo de garantir a estabilidade de preços associado à limitação do déficit das contas públicas a 3% do PIB, a dívida pública não superior a 60% do PIB e uma meta de inflação de 2% ao ano não vem contribuindo para levar adiante o objetivo da coesão econômica e social. Revela Avelãs Nunes que um dos graves efeitos dessa política reflete diretamente nos países da Europa central e do leste recém-chegados que ficam condenados a recorrer ao dumping salarial, ao dumping social e ao dumping fiscal como armas de concorrência.⁸

Nesse ponto, não se pode deixar de tratar da coexistência das políticas de desenvolvimento regional nacionais e as da União Europeia,

6 DIÁLOGOS SETORIAIS UNIÃO EUROPEIA E BRASIL. *Regional Policy in the European Union and Brazil: an evaluation of regional development funds in Brazil*. Brasil: MPOG, p. 11-14, 2011.

7 Avelãs Nunes afirma categoricamente que a “supranacionalização das instituições comunitárias serve apenas para garantir a realização dos direitos e das liberdades do capital, mas não serve para garantir os direitos dos trabalhadores. [...] E não há dúvida de que o art. III-203º acolhe as práticas correntes nos últimos anos no sentido da flexibilização e da desregulamentação das relações laborais, ao promover o empenho da União e dos estados-membros na estruturação de ‘mercados de trabalho que reajam rapidamente às mudanças econômicas’.” NUNES, António José Avelãs. *Constituição Europeia: a constitucionalização do neoliberalismo*. *Boletim de Ciências Econômicas*, v. XLVIII, p. 376, 2005.

8 NUNES, op. cit., p. 393-400.

tanto na perspectiva da divisão de competências, como no papel assumido pelo organismo internacional e os reflexos dos atos internacionais nas constituições estatais. Esse ensaio pretende traçar um paralelo entre a noção de desenvolvimento regional para o direito brasileiro, com enfoque nos contornos estabelecidos na Constituição Federal e, no âmbito da União Europeia, o estabelecido no conjunto dos principais atos internacionais vigentes.

Fixados pontos de aproximação enfatizar-se-á primeiramente na perspectiva do desenvolvimento regional preconizada pelo Estado brasileiro e pela União Europeia e, em seguida, abordar-se-á o papel do Estado brasileiro e da União Europeia na formação e implementação das políticas de desenvolvimento regional. Diante dessa proposta apresentada, procurar-se-á extrair das experiências no âmbito da União Europeia contribuições para reflexão sobre os problemas endógenos das desigualdades regionais no Brasil.⁹

1 O DESENVOLVIMENTO REGIONAL NO ESTADO BRASILEIRO E NA UNIÃO EUROPEIA

1.1 O desenvolvimento regional na União Europeia

O desenvolvimento regional na Comunidade Econômica Europeia inicialmente teve por premissa básica o Tratado de Roma de 1957, embora ainda não primasse pelo trato da questão de forma direta, havia a persecução de diminuir as diferenças entre as regiões dos Estados membros por meio de programas de investimentos em infraestrutura. O preâmbulo do Tratado apenas afirma o compromisso de reforçar a unidade das economias dos Estados-membros e de garantir o desenvolvimento harmonioso a partir da proposta de redução das desigualdades regionais e o desenvolvimento das regiões menos desenvolvidas.¹⁰

9 Utiliza-se nesse ensaio o método de abordagem funcional, porquanto os problemas regionais são questões dinâmicas que tocam diretamente o mundo da vida. Sobre essa forma de abordagem esclarece Marc Ancel: “[...] Desde que ultrapassarmos a justaposição das regras de direito, desde que nos dispusermos, igualmente, ir mais além da descrição ou análise estática das instituições, tomamos a consciência do dinamismo legislativo e pensamos no direito em termos de movimento. Um sistema jurídico vivo está em perpétuo vir a ser. E, se o *direito dos juristas* tende bem a assegurar a estabilidade das relações jurídicas, o direito do cidadão, do suplicante, do *sujeito de direito*, tende a se adaptar, incessantemente, às flutuações da vida econômica e social. Daí a complexidade da *law in action*, cuja propensão natural é de aumentar cada vez mais, as regras escritas.” ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Porto Alegre: SAFE, p. 123, 1980.

10 SCIASCIO, Alessandro F. Di. *La politiche europee di coesione sociale tra amministrazione comunitaria e il sistema degli enti territoriali. Un'introduzione critica*. Torino: Giappichelli, p. 3-4, 2014.

O artigo 2º do Tratado de Roma define os objetivos da Comunidade Econômica Europeia:

“La Comunità ha il compito, mediante l’istituzione di un mercato comune ed il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, di promuovere nell’intera Comunità uno sviluppo armonioso

A perspectiva territorial prevista no Tratado de Roma prende-se em duas perspectivas, as existentes entre os Estados-membros e entre os Estados-membros e a União Europeia, portanto sem aprofundar nos problemas das desigualdades existentes no interior dos Estados. Por isso, as políticas comunitárias inicialmente baseavam-se em programações de desenvolvimento setorial ou mesmo na lógica da concentração das intervenções em polos de desenvolvimento. Informa Mauro Capello que tais instrumentos de intervenção acabaram acentuando as desigualdades regionais, porquanto as concepções políticas tinham uma visão excessivamente restrita aos problemas pontuais.¹¹

Nos anos setenta já havia a sensibilidade de tratar da questão regional associada à melhoria das condições sociais, tanto que o Fundo Social Europeu, criado em 1958, incluiu nas suas decisões procedimentos medidas com escopo especificamente territorial. Em meados da década de setenta cria-se um Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional. Passado onze anos, em 1986, através do Ato Único Europeu foram inseridos no título V do Tratado da União Europeia nos artigos 158 a 162 disposições específicas que tratam do desenvolvimento regional está associado à política econômica e social europeia.

Isso não significou alteração do panorama no tratamento da política de coesão¹², pois não havia a interferência direta da Comunidade Europeia nas legislações nacionais que tratavam dessa matéria. No nível nacional, por exemplo as políticas de desenvolvimento regional italiano havia a intervenção extraordinária do *Mezzogiorno*, que era de responsabilidade da *Cassa del Mezzogiorno*, ente autárquico que participava tanto na construção dos programas como na etapa de execução propriamente dita.¹³ No entanto, visto na perspectiva nacional as políticas haviam em sua estrutura objetivos,

delle attività economiche, un'espansione continua ed equilibrata, un aumento della stabilità, un incremento del tenore di vita e più strette relazioni tra gli Stati che la compongono”.

11 CAPELLO, Mauro. *Guida ai Fondi Strutturali Europei 2014-2020*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2015. p. 29.

12 O termo política de coesão empregada tem o mesmo sentido de política de desenvolvimento regional. SCIASCIO, op. cit., p. XVII.

13 Desde o nascimento até a extinção desta autarquia de desenvolvimento regional houve diversas etapas da participação deste ente administrativo na promoção do desenvolvimento regional no *Mezzogiorno*. Cf. SOLDI, Rodrigo. *Desafios para a construção do desenvolvimento regional no Brasil e na Itália*. São Paulo: Ed. Mackenzie, 2014. ANNESI, Massimo. *Aspetti giuridici della disciplina degli interventi nel mezzogiorno*. Roma: Giuffrè, 1966. D'ATTORE, Pier Paolo. *Italian reconstruction and "Depressed Areas": The Marshall Plan in the "Mezzogiorno"*. Disponível em: <http://ces.fas.harvard.edu/university-archive.org/publications/docs/pdfs/CES_11.pdf>. LEPORE, Amedeo. *La valutazione dell'operato della Cassa per il Mezzogiorno e il suo ruolo strategico per il sviluppo del paese*. Disponível em: <http://www.academia.edu/1523727/La_valutazione_delloperato_della_Cassa_per_il_Mezzogiorno_e_il_suo_ruolo_strategico_per_lo_sviluppo_del_Paese>. PESCATORE, Gabriele. *La "Cassa per il Mezzogiorno": un'esperienza italiana per lo sviluppo*. Bologna: Il Mulino, 2008.

princípios, instrumentos e procedimentos, os quais seguiam as restritas políticas regionais existentes. Mesmo assim sob a perspectiva nacional não havia concatenação das diversas políticas, que não asseguravam homogeneidade na realização de ações no território auxiliado.¹⁴ Esse cenário não teve alteração mesmo com o processo progressivo de descentralização política no Estado unitário italiano, pois com a edição dos Estatutos regionais advieram diversas perspectivas de planejamento, fora aquelas Regiões que sequer disciplinaram esse instrumento estatal de coordenação das políticas públicas.¹⁵

O ingresso da Grécia (1981), Portugal e Espanha (1986) à Comunidade Econômica Europeia ampliou as disparidades regionais no âmbito do bloco, pois pelo critério da renda per capita, esses países era significativamente inferiores aos dos demais Estados-membros. Diante desse desafio foi promovido em 1988 a reestruturação os fundos (Fundo Social Europeu, Fundo para Financiamento da Agricultura Europeia e o Fundo de Desenvolvimento Regional) os quais passaram a integrar os Fundos Estruturais.¹⁶ A reforma de 1988 redefiniu os objetivos dos fundos coordenando-os com os previstos pelo Banco Europeu de Investimentos e dos outros instrumentos da Comunidade Econômica Europeia. De acordo com a reforma, o procedimento de programação está apoiado em dois princípios fundamentais: o caráter complementar da intervenção comunitária nos diversos setores retraídos no âmbito da operatividade dos fundos (*addicionalità*) e na máxima valoração dos governos locais tanto na elaboração dos planos como na definição dos programas de operação e controle da execução (*partnership*).¹⁷

A integração regional revelou a ampliação das disparidades, por exemplo a mobilidade dos fatores de produção que concentra nas regiões mais desenvolvidas, e sob o efeito de cadeia de transmissão, retorna para investimentos mais altos. Este cenário comprovou que a assertiva neoclássica da absoluta convergência foi abandonada pois houve a adesão à teoria do crescimento endógeno e os estudos sobre economias territoriais, pois as atividades econômicas concentravam-se em áreas mais desenvolvidas. Então calcado nessas bases teóricas a política de coesão passou a ter por meta aumentar o retorno do investimento em regiões periféricas.¹⁸

14 CAPELLO, op. cit., p. 6.

15 DI SCIASCIO, op.cit., p. 8.

16 Merece destaque que com a queda do muro de Berlim, os Fundos Estruturais contribuíram para financiar o custeio do processo de reunificação da Alemanha.

17 CAPELLO, op. cit., p. 31-36.

18 DIÁLOGOS SETORIAIS UNIÃO EUROPEIA E BRASIL, 2015, p. 13. Sobre o relatório do grupo de estudos nomeada pela Comissão das Comunidades Europeias presidida por T. Padoa-Schioppa vide: PADOA-

Os ingressos de novos membros em 1995 (Finlândia, Suécia e Áustria) promoveu, em razão do ingresso de membros adicionais, novos ajustes nos fundos estruturais, com destaque para o Comitê das Regiões, instância consultiva para a construção de políticas, formada por representantes local e regional de todos os Estados-membros.¹⁹

De fato, o ingresso de diversos países do leste europeu em 2004 (República Checa, Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia, Polônia, Eslovênia, Malta e Chipre) impactaram nas políticas de desenvolvimento regional que foram reduzidas de seis para três e do número de iniciativas da Comunidade. O ingresso da Bulgária e Romênia em 2007 ampliou para o atual quadro de 27 Estados-membros, cuja radiografia evidencia notável desigualdade regional entre os Estados-membros do bloco.²⁰

Após a rejeição do Tratado de Roma de 2004 que pretendia criar uma Constituição para a Europa, foi o tratado da União Europeia atualizado com a edição do Tratado de Lisboa (2007), no qual enfatiza a responsabilidade democrática e a capacidade de decisão da União, além de abrigar no seu corpo normativo a Carta de Direitos Fundamentais. As políticas de desenvolvimento regional têm por norte o princípio da coesão territorial voltado ao fortalecimento das regiões, especialmente, com base no princípio da subsidiariedade.²¹

Segundo os estudos apresentados nos trabalhos conjuntos entre autores brasileiros e português sobre a avaliação das políticas regionais na União Europeia

SCHIOPPA, T. *Efficiency, stability, and equity: a strategy for the evolution of the economic system of the European Community*. Disponível em: <[http://www3.unisi.it/aep/ref/Padoa-Schioppa_\(1987\)_Report.pdf](http://www3.unisi.it/aep/ref/Padoa-Schioppa_(1987)_Report.pdf)>. Acesso em: 02 set. 2015.

19 DIÁLOGOS SETORIAIS UNIÃO EUROPEIA E BRASIL, 2015, p. 13. Cf. SAPORITO, Learco. *Regionalismo, Federalismo e Interesse Nazionale*. Segunda Edizione. Napoli: Jovene Editore, 2012, p. 60. D'ATENA, Antonio. *Diritto Regionale*. Segunda Edizione, Torino: Giappichelli, p. 377, 2012.

20 DIÁLOGOS SETORIAIS UNIÃO EUROPEIA E BRASIL, 2015, p. 13-14. Apesar do fosso identificado, Avelãs Nunes declara que os Estados-membros mais ricos se recusam a aumentar o orçamento da União, apesar do aprofundamento do fosso existente entre os membros mais ricos e os mais pobres. Além disso, aponta haver regras pontuais para seus membros mais ricos, por exemplo o chamado “cheque inglês” do Reino Unido. “Em 1984, o RU só aderiu à CEE depois de esta ter aceite devolver anualmente aos britânicos 2/3 da sua contribuição líquida para o orçamento comunitário (a diferença entre o montante das entradas para o orçamento comunitário provenientes o RU e o montante que este país recebe através de vários fundos e das políticas comuns). É o chamado *cheque inglês*, que anda à roda de cinco mil milhões de euros anuais. Os argumentos britânicos basearam-se no facto de a fórmula de cálculo da contribuição de cada país prejudicar o RU e no facto de este país quase não beneficiar dos fundos do PAC, que então absorviam cerca de 2/3 do orçamento comunitário”. NUNES, op. cit., p. 390-391.

21 DI SCIASCIO, op.cit., p. 22. VATAMAN, Dan. *History of the European Union*. LESIJ n° XVII, vol.2, p. 128, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1787850>>. Acesso em: 03 set. 2015.

[...] is changing from traditional policies based on subsidies, state aid and redistribution to the development of strategies assessing the capacities of a region with the aim to increase regional competitiveness. Emphasis must be given on stimulating endogenous development by providing support to areas of comparative advantages, rather than compensating regions for disadvantages.[...]”²²

De acordo com o pensamento de Carducci, o fenômeno da supranacionalidade do direito comunitário redesenhou o papel do dirigismo constitucional, que deixou de ser transformador, que atua sobre todas as relações sociais e econômicas, para passar a ser “*performativo*”, ou seja, não submetida a uma realidade preconstituída.²³

Nessa perspectiva o espaço macroterritorial dos processos supranacionais da economia política é diverso dos vivenciados pelos Estados nacionais, uma vez que a relação entre economia e Constituição, segundo Carducci “si destruttura nella costellazione plural di una realtà multinivello di regole, interessi, bisogni”.²⁴ Na política de coesão europeia para o período de 2007-2013, sob a perspectiva da Estratégia de Lisboa (2005), delineou-se o modo de governar para a comunidade que venha a reduzir o papel do Estado e valorizar a aproximação dos sujeitos não institucionais, dos grupos e da sociedade civil em geral.

O objetivo central da política de coesão da União Europeia busca a promoção de um progresso econômico e social equilibrado e sustentável mediante a criação de um espaço sem barreiras (fronteiras internas) e o reforço da coesão econômica e social no interior do território. Até aqui não existe dissonância nos objetivos de políticas de desenvolvimento regional em geral, mas o mais importante é analisar se no plano governamental e dos arranjos institucionais dão suporte para atingi-los.

À medida que os Estados-membros da União Europeia transmitiram parcela de sua soberania ao organismo internacional e, principalmente, da sujeição do Estado ao cumprimento das obrigações comunitárias, transferiu para a esfera supranacional diversas atribuições típicas de atuação estatal na ordem econômica. Sob o argumento que o dirigismo constitucional podia levar ao modelo “statizante-socializante” (Carducci), afastaria, por conseguinte o respeito à sociedade civil.

²² DIÁLOGOS SETORIAIS UNIÃO EUROPEIA E BRASIL, 2011, p. 15.

²³ CARDUCCI, Michele. Sulla economia politica del costituzionalismo “multinivello”. In: RIVOSECCHI, Guido; ZUPPETA, Marialuisa. *Governo dell’Economia e Diritti Fondamentali nell’Unione Europea*. Bari: Caccuci, 2010. p. 109.

²⁴ *Ibid.*, p. 109.

O enfraquecimento da soberania vem esvaziando, por via reflexa, o papel do Estado na ordem econômica, o que significa, sobretudo para os novos membros da União Europeia, o acolhimento da visão da transferência para o organismo comunitário que anteriormente estava no âmbito das suas decisões políticas estatais. O pano de fundo da afirmativa é que a sociedade pluralista está estruturada de forma complexa, a qual permanece distante de sustentar-se na intencionalidade construtivista da política, mas para garantir a auto-organização²⁵, deve ser pensado com as devidas cautelas, porquanto a diminuição do papel do Estado, que somente pode atuar nas “falhas do mercado” tem efeitos distintos nos países desenvolvidos e nos mais atrasados. É relevante pensar sobre essa questão, não apenas sob o enfoque teórico assim como cotejá-lo com seus efeitos práticos (plano da eficácia social), pois a proposta de redução das desigualdades regionais poderá levar resultados na contramão da história, ou seja, ao invés de diminuir as desigualdades, poderá contribuir para a estagnação das regiões atrasadas ou concentração nas regiões mais ricas.

Outro ponto relevante e complexo defronta-se na relação entre a programação no âmbito da União Europeia e na constituição dos Estados-membros. Por exemplo, no caso italiano, que encontra fundamento jurídico no art. 41, §3º de sua Constituição. Esse dispositivo determina que a lei discipline os programas e controles oportunos, pois a atividade econômica em sentido amplo, que compreende tanto a esfera pública como a privada, deve perseguir fins sociais. Interferência direta vem sofrendo o ordenamento jurídico italiano, sobretudo dos atos internacionais pós-Maastricht, todos de viés neoliberal, que preconizam a tutela da concorrência e do mercado. Di Sciocio reconhece estar a submissão da programação pública ao controle comunitário, a fim de que conformar tais normas nacionais aos objetivos estabelecido nos tratados da União Europeia.²⁶

Hoje na perspectiva de Zuppetta, a União Europeia desenvolve funções típicas de um Estado regulador em virtude das políticas reguladoras em detrimento das políticas redistributivas e de despesa pública. A regulamentação através de redes europeias nacionais, é considerada uma verdadeira rede transnacional que conecta vários órgãos, no qual advém escolhas compartilhadas, para procurar preencher as deficiências dos Estados-membros, a fim de harmonizarem as disposições internas e comunitárias. A ideia de eficácia dessas instituições baseia-se nos já conhecidos fundamentos que se tratam de órgãos “neutros” e independentes, instituídos para tutelarem interesses econômicos sensíveis, quando são

25 CARDUCCI, op.cit., p. 108.

26 DI SCIASCIO, op.cit., p. 31.

liberadas atividades econômicas e serviços de interesse geral, a fim de intervir para corrigir as falhas de mercado.²⁷

De acordo com a repartição de competências previstas no Tratado de Lisboa, compete à União Europeia pelo exercício da competência partilhada a União Europeia e aos Estados-membros disciplinarem as políticas de coesão econômica, social e territorial (art. 4º, letra *c* do TUE). Nesse sentido, a União Europeia estabelece os parâmetros para o processo de programação e a coordenação setorial e territorial das intervenções da União no documento intitulado Quadro Estratégico Comum (art. 177 do TUE), que para a o período 2014-2020 está disciplinado no Regulamento geral nº 1.303/2013.

A política de coesão, acena Sciascio, é baseada em quatro importantes princípios: concentração, parceria (*partnership*), programação e adicionalidade (*addizionalità*), conforme já havia sido introduzido desde 1988 com o Regulamento da CEE nº20052.²⁸ De acordo com Rangone o direito comunitário constitui não apenas um parâmetro para avaliar a exigência de programação com base em critérios de necessidade, mas também define os critérios de legitimidade das técnicas através dos quais são alcançados os objetivos da programação econômica, territorial e social.²⁹

Não se pode olvidar que tais políticas de coesão social e econômica do Programa Europa 2020, financiada por diversos fundos europeus, estão paralelamente vinculadas com o cumprimento das metas de estabilidade fixadas pela União Europeia. Os Estados devem subscrever o Tratado sobre a estabilidade, sobre a coordenação e governança na União econômica e monetária aprovado pelo Conselho Europeu em 2012³⁰, pois somente

27 ZUPPETTA, Marialuisa. La regolazione del mercato interno: dalle Agenzie alle reti europee e (possibile) ritorno. In: RIVOSECCI, Guido; ZUPPETTA, Mariluisa. *Governo dell'economia e diritti fondamentali nell'Unione Europea*. Bari: Cacucci, p. 114-125, 2010.

28 DI SCIASCIO, op. cit., p. 6. Segundo Mauro Cappello, o princípio da adicionalidade “constituisce inoltre ad assicurare la continuità di un intervento pubblico nazionale anche successivamente all'erogazione di quello comunitario, proprio considerando che quest'ultimo non costituisce una sostituzione del primo.” CAPELLO, op. cit., p. 34.

29 RANGONE, N. *Le programazioni economiche. L'intervento pubblico tra economia e piani*. Bologna: Il Mulino, 2007 apud SCIASCIO, Alessandro F. Di. *Le politiche europee di coesione sociale tra amministrazione comunitaria e il sistema degli enti territoriali. Un'introduzione critica*. Torino: Giappichelli, p.6, 2015.

30 Art. 5º do Tratado: “Caso seja sujeita a um procedimento relativo aos défices excessivos ao abrigo dos Tratados em que se funda a União Europeia, uma Parte Contratante institui um programa de parceria orçamental e económica que especifique as reformas estruturais que tem de adotar e aplicar para assegurar uma correção efetiva e sustentável do seu défice excessivo. O teor e o formato desses programas são definidos no direito da União Europeia. A apresentação desses programas à homologação pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia, assim como o seu acompanhamento, terão lugar no âmbito dos procedimentos de supervisão em vigor ao abrigo do Pacto de Estabilidade e Crescimento.” Disponível em: <http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=7366>. Acesso em: 20 set 2015. Na Itália foi editada e Lei nº 01 de 2012 e a Lei nº 243, de 24 de dezembro de 2013 visam regulamentar o princípio do equilíbrio das contas introduzida na Constituição italiana.

poderão os Estados receber suporte financeiro europeu se se conformarem ao Mecanismo Europeu de Estabilidade se submeterem-se às medidas corretivas da Comissão. As medidas de boa governança são as conhecidas medidas de austeridade das finanças públicas, as quais tem suas bases no equilíbrio das contas públicas e redução do débito público.³¹

Além dessas metas de austeridade fiscal que corroem a soberania dos Estados na condução de sua política econômica também outros problemas adicionais poderão impactar nas políticas de coesão, pois os interesses econômicos liberais da União Europeia não poderão fechar os olhos à questão humanitária, visto a imigração acentuada de refugiados de países advindos sobretudo do norte da África e do Oriente Médio.

1.2 O desenvolvimento regional no Brasil

A desigualdade regional no Brasil é um problema existente de longa data em nosso território, mas que por muito tempo não havia recebido tratamento adequado, porque quando medidas eram tomadas, centralizavam-se na busca de soluções pontuais. O desenvolvimento regional passou a estar na pauta da política nacional formalmente a partir da Constituição de 1946, ao inserir no seu texto a criação e custeio de recursos federais para a correção das disparidades regionais.³²

Até o advento da Constituição de 1988 apenas algumas disposições esparsas referiam-se aos problemas regionais nas constituições precedentes, sempre com enfoque em problemas setorializados. Por isso, embora houvesse, por decisão política pontual de dar início a iniciativas governamentais, com a criação da Sudene, a alteração a ainda não configurava uma consciência política clara sobre o tema, pois se restringia à transferência de recursos federais para a solução de problemas pontuais tratados normalmente em programas setoriais.

A Constituição de 1988 é o primeiro diploma constitucional a prever a instituição pela União de regiões administrativas. Para tanto, a previsão do tema na Seção IV – Das Regiões, inserida no Capítulo VII – Da Administração Pública, pertencente ao Título III – Da Organização do Estado. É fato que embora tenha levado o tema como uma tarefa permanente do Estado, ainda assim permaneceu certa ênfase ou mesmo ligação entre o desenvolvimento regional e as regiões áridas do país, bem como o enfoque em atividades de fomento ao setor empresarial.

Apesar do avanço tímido, a constitucionalização das Regiões representou significativo avanço em comparação às Constituições

31 DI SCIASCIO, op. cit., p. 109.

32 HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 360, 1995.

precedentes, visto que a matéria disciplinada no art. 43 da Constituição ganha maior relevância por estar estritamente compatibilizada com o mandamento contido no art. 3º, inciso III, da Constituição, porque é um dos objetivos da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades regionais e também por estar no elenco dos princípios da ordem econômica (art. 170, inciso VII).³³

Comenta Uadi Lammêgo Bulos, as regiões administrativas revestem-se de peculiaridades próprias na Constituição brasileira, pois não existe correspondente similar no direito constitucional comparado. Diferentemente das experiências em Estados Unitários (como, por exemplo, na Itália e na Espanha), não gozam os organismos regionais de competência legislativa no âmbito jurídico-formal. Estas estruturas criadas como autarquias pela União, tem entre outras atribuições, a função de articulação entre os demais entes da federação. A tendência do moderno federalismo, sob o prisma do cooperativo, é a de permitir a organização da Administração Pública Federal, sem que isso venha a acarretar interferência indevida na descentralização política e administrativa repartida na Constituição federal.³⁴

O objetivo de promoção da articulação da ação federal, a fim de nivelar as áreas prósperas e carentes, é uma das funções estatais de redução das desigualdades regionais. Cretella Júnior, com muita propriedade, alerta-nos que inúmeras vezes um dos complexos geoeconômicos e sociais está no limite entre Estados-membros. Nesse caso, demonstra-se a importância da articulação da União num mesmo complexo geoeconômico e social objetivando a promoção do desenvolvimento e a redução das desigualdades regionais.³⁵

A formulação e condução da política de desenvolvimento regional compete principalmente ao Ministério da Integração Nacional que compreende a formulação de planos e programas de desenvolvimento regional. Esta última competência foi parcialmente descentralizada para as superintendências de desenvolvimento regional, ou seja, existe a previsão no processo de planejamento a participação das autarquias através da iniciativa para a formulação dos planos de desenvolvimento para aquelas regiões nelas abrangidas. No entanto, a atribuição por elas desempenhadas

33 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, p. 358, 2008.

34 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, p. 635-636, 2000. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. Volume 3º. Tomo III. Saraiva: São Paulo, 1990. p. 263. SILVA, Ricardo Pinto da. Regiões Administrativas: regime jurídico constitucional. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, n. 18, p. 5-6, ago 2002.

35 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 2.468-2.469. 1997. O rol de medidas elencadas no dispositivo constitucional comentado é enunciativo, pois, por obviedade, a constituição deve viabilizar a política, não substituí-la ou mesmo tolhê-la.

permanece diminuta, já que a palavra final dos planos de desenvolvimento regional é do Ministério da Integração Nacional (art. 25, inciso XIII e art. 27, inciso XIII, letras *a* e *b* da Lei nº 10.683/2003).

O planejamento de Estado no Brasil encontra fundamento no âmbito do Poder Executivo na Lei nº 10.180, de 06 de fevereiro de 2001, que regulamenta as disposições normativas organizadoras e disciplinadoras dos sistemas de planejamento e de orçamento federal. Segundo a referida lei ordinária, o Sistema de Planejamento e de Orçamento Federal é o órgão responsável pelas atividades de elaboração, acompanhamento e avaliação dos planos, programas e orçamentos na esfera federal (art. 3º). De acordo com o escopo da lei os planos e programas nacionais e setoriais de desenvolvimento econômico social são mero capítulo do plano plurianual. De acordo com a organização administrativa, o Ministério da Integração Nacional, por meio da unidade de planejamento e orçamento, faz parte do Sistema como órgão setorial. Verifica-se no âmbito dessa legislação a manutenção de um sistema fragmentado que não contribui para a construção de planos de desenvolvimento, mas para agregar programas com vieses orçamentários.

No planejamento no Estado federal brasileiro os entes políticos devem concorrer para o cumprimento dessa tarefa, com base no art. 24, inciso I, da CF, de acordo com a dimensão dos interesses pertinente a cada um deles.³⁶ Tais competências legislativas tem correlação estrita com o exercício das competências comuns, as quais estimulam a necessidade de cooperação entre os entes da federação para envidar esforços na persecução do desenvolvimento nacional equilibrado.

A ênfase dada à cooperação parte do pressuposto da interdependência entre as inúmeras matérias de competência comum, dificulta ou até mesmo impede a atribuição exclusiva ou mesmo preponderante por determinado ente da federação. Por isso, quando a Constituição prescreveu num artigo específico a previsão de matérias de interesse comum dos entes da federação, os cumprimentos dessas tarefas dependem de mecanismo de decisão participativa dos integrantes da Federação. Gilberto Bercovici e Siqueira Neto apontam dois momentos de decisão na cooperação tanto sob o prisma da decisão política como o da execução pela Administração Pública:

O primeiro se dá em nível federal, quando se determinam, conjuntamente, as medidas a serem adotadas, uniformizando-se a atuação de todos os poderes estatais competentes em determinada matéria. O segundo momento ocorre em nível estadual e regional, quando cada ente

36 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 53. Cf. BERCOVICI; SIQUEIRA NETO, op. cit., 2008.

federado adapta a decisão tomada em conjunto às suas características e necessidades. Na cooperação, em geral, a decisão é conjunta, mas a execução se realiza de maneira separada, embora possa haver, também, uma atuação conjunta, especialmente no tocante ao financiamento das políticas públicas.³⁷

O objetivo do desenvolvimento nacional como meta da ordem constitucional brasileira não será concretizado sem que haja um processo planejado de transformação social das estruturas organizacionais e institucionais do país. A coordenação política e a cooperação administrativa preconizada pela Constituição Federal dependem da atuação dos governos federal, distrital, estadual e municipal. Em que pese a diversidade das diferenças de desenvolvimento regionais, além das peculiaridades geográficas e culturais, sem dúvida, pela própria heterogeneidade da sociedade, os conflitos são inevitáveis próprio do regime democrático. Acima de tudo é essencial decisão política que, acima de interesses governamentais passageiros, busque consolidar uma política de Estado.

Mesmo sendo naturais os conflitos em regime democrático numa forma federativa de Estado, os esforços deveriam ser voltados para arregimentar consensos no sentido da construção do desenvolvimento nacional. A ferramenta de atuação do Estado perpassa pelo planejamento, principalmente quando a Constituição propugna por um federalismo cooperativo e opta por um modelo de Estado desenvolvimentista. Diante das diversidades dos interesses em debate, a União não exerce supremacia, mas tem a competência de coordenar e articular as ações políticas, para que a implementação possa ser executada por todos os entes políticos.

É fato que o cenário das desigualdades regionais se alterou no decurso do tempo, tendo em vista diversos fatores, políticos, econômicos e sociais que afetam diretamente o complexo geoeconômico e social. Tânia Bacelar de Araújo faz um diagnóstico dessa realidade de inserção seletiva, a partir das tendências de mercado que aprofundam as diferenciações regionais herdadas e fragmentam as regiões do país. Mesmo assim, constata que o Nordeste, a Amazônia e o Centro-Oeste atuais não são os mesmos dos anos sessenta. As formas da intervenção do Estado no domínio econômico, fundada em estímulos fiscais e financeiros, da aplicação de investimentos estatais e da implantação da infraestrutura modificaram cada região, articulando e desarticulando os espaços, bem como promovendo novas integrações, que não podem ser esquecidas ao rever as formas de atuação do Estado na economia.³⁸

37 BERCOVICI; SIQUEIRA NETO, op. cit., 2008.

38 ARAÚJO, op. cit., p. 129.

O desafio do planejamento regional atualmente ainda é viabilizar a organização de uma nova política de desenvolvimento constituído pela redução das desigualdades regionais, que concilie muitas vezes interesses conflitantes no que se refere a melhoria das condições sociais (níveis de renda, oportunidades de trabalho das populações regionais), cujo objetivo é sem dúvida primar pela igualdade, e, conjuntamente promover a montagem e ampliação da base econômica regional, para que tenha capacidade de competir no mercado nacional e no mercado internacional.³⁹

A questão regional no Brasil não se restringe às conhecidas “regiões-problema”, porquanto existem desigualdades regionais em outras regiões do Estado, não se limitando àquelas que a União decidiu recriar as autarquias de desenvolvimento regional (Norte – SUDAM, Centro-Oeste – SUDECO, Nordeste – SUDENE). Particularmente sobre as atribuições dos organismos regionais, critica Fábio Konder Comparato antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, ao comentar sobre o Projeto da Constituição, as atribuições ficaram reduzidas, pois teriam atribuição meramente executiva, sem competência para aprovar os planos regionais que ficaram no âmbito do Poder Executivo Federal.⁴⁰ Outro ponto relevante, independentemente dessa observação lançada pelo ilustre professor, consiste na necessidade de retomar o planejamento que vise elaborar planos regionais que estejam integrados ao plano nacional de desenvolvimento econômico e social. É importante salientar que nesse processo a tomada de posicionamento político da União é essencial para que estabeleça condições favoráveis para integração das regiões em desenvolvimento.

A leitura da questão regional não pode estar dissociada do Estado Social, entendido como sinônimo de Estado intervencionista segundo a concepção de Bercovici e Siqueira Neto, pois a atuação concatenada dos entes políticos influi de maneira decisiva no desenvolvimento do federalismo cooperativo. As tensões naturais desse federalismo são resolvidas em grande parte se houver a colaboração e atuação conjunta entre os entes da federação, sempre assentada na forma democrática de governo. Um dos grandes problemas é a ausência de atuação uniformizada e harmônica dos entes da federação, que pode ser superado com cooperação diante das necessidades de homogeneização, sem a qual poderá culminar na recorrente centralização tão conhecida na história política brasileira⁴¹, ou

39 ARAÚJO, op.cit., p. 133-134.

40 COMPARATO, Fábio Konder. *Para Viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, p. 122, 1989.

41 BERCOVICI; SIQUEIRA NETO, 2008. Luis Fernando Coelho também segue a mesma noção de Estado Social dos autores em referência: “A noção de Estado Social subsidiou o novo conceito de constituição, pois a própria estrutura normativa constitucional foi alterada, quando tarefas e programas sociais foram impostos aos Estados para a realização de objetivos em prol da coletividade.” COELHO, Luis Fernando. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá, p. 109, 2006.

até mesmo pela falta de cooperação reverter o processo de redução das desigualdades regionais.

2 APROXIMAÇÕES COMPARATIVAS ENTRE AS INSTITUIÇÕES NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA PARA A CONSECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

No âmbito do Estado brasileiro, a consolidação do federalismo cooperativo está imbricada com as aspirações de desenvolvimento regional das distintas áreas que integram o imenso território para que estabeleça o planejamento do desenvolvimento nacional. O problema da dependência econômica das regiões em face de outras, as assimetrias nas relações entre regiões revelam o quadro secular de sérias desigualdades regionais, acentuado por ainda haver traços de uma economia caracterizada pela heterogeneidade estrutural.

Ainda que o texto constitucional tenha previsto em diversos artigos sobre a competência da União para elaborar e executar planos nacionais e regionais de desenvolvimento⁴², estabelece formas jurídicas para que as políticas de desenvolvimento orientem as ações governamentais do poder público. Não é isso que diversos autores constatam analisando o direito posto.

O plano no Estado brasileiro encontra sérios entraves que nascem da própria dificuldade de articulação institucional internamente diante da falta de referência da coordenação das decisões que deixou de estar enfeixado na Presidência da República, para uma estrutura fragmentada. A Lei nº 10.180.2001 instituiu o Ministério do Planejamento como órgão central do sistema de planejamento, mas, por ser uma pasta que se encontra no mesmo nível das demais não contribui para a superação da fragmentação do sistema vigente.

42 Título III - Da Organização do Estado, Capítulo II - Da União, art. 21, inciso IX "compete à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; Art. 23 É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional; Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. § 1º Lei complementar disporá sobre: I - as condições para integração de regiões em desenvolvimento; II - a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes[...];Título VI - Da Tributação e do Orçamento, Capítulo II - Das Finanças Públicas, seção II - Dos Orçamentos, art. 165, §4º "Os planos e programas nacionais e regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o Plano Plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional"; Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo I - Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, art.174, inciso IV.

Embora os esforços de aprimoramento do PPA, não houve mudança no panorama das ações governamentais segmentadas, porquanto ainda não alcançou a almejada obtenção da eficácia global, ainda que existam pontos de contato entre alguns programas. Por exemplo, no PPA 2012-2015 Ronaldo Coutinho Garcia aponta que os macrodesafios ou macroproblemas não foram detalhadamente abertos em seus elementos constitutivos, a fim de tornar possível a programação de ações de diversos tipos e naturezas e pudesse enfrentar os problemas prementes. Ou seja, não existe orientação para a elaboração dos programas nem o estabelecimento dos objetivos e acentua que os programas contidos no plano já existiam anteriormente ao estabelecimento dos macrodesafios.⁴³

Se existem sérias deficiências no âmbito da União, os problemas não são diferentes nos Estados. O quadro heterogêneo no cenário nacional, principalmente pela ausência de cultura de planejamento de longo prazo, identifica-se apenas alguns casos isolados de planejamento ante o que compromete sobremaneira a possibilidade de coordenação interfederativa de planos regionais de desenvolvimento, e, em razão das alternâncias políticas mesmo em Estados que instararam o planejamento, mesmo assim estão sujeitos a retrocessos.⁴⁴

Na perspectiva da União Europeia a questão das desigualdades regionais, por sua vez, está diretamente vinculada com a interconexão entre os ordenamentos estatais e o europeu. Não se trata apenas de observar as relações entre União e Estados membros sobre a perspectiva da soberania compartilhada. Mesmo com o Tratado de Lisboa que alterou o paradigma clássico “unidade na diversidade” para o funcionalista da “diversidade na unidade”⁴⁵, não modificaram a situação precedente, porquanto as competências apenas racionalizaram o sistema anterior.⁴⁶

O constitucionalismo multinível, de acordo com a proposta do caráter funcional do sistema de competência europeu, por colocar a negativa de hierarquia como princípio de ordenação com os níveis constitucionais pôs em crise a construção jurisprudencial sobre a qual fundava-se a unidade

43 GARCIA, Ronaldo Coutinho. PPA: O que não é e o que pode ser. In. CARDOSO Jr, José Celso; CUNHA, Alexandre dos Santos (org). *Planejamento e avaliação de políticas públicas*. Livro 1. Brasília: IPEA, p. 71-72, 2015.

44 CARNEIRO, Ricardo. PPA's estaduais em perspectiva comparada: processos, conteúdos e monitoramento. In. CARDOSO Jr, José Celso; DOS SANTOS, Eugênio A. Vilela (org). *PPA 2012-2015: experimentalismo institucional e resistência burocrática*. Livro 2. Brasília: IPEA, p. 273-302, 2015.

45 CANTARO, Antonio. *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*. L'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona. Torino: Giappichelli, p. 17, 2010.

46 BUELGA, Gonzalo Maestro. *El sistema de competencias en la Constitución económica europea: Unión y Estados miembros*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/03gonzalomaestrobelga.htm>>. Acesso em: 20 set. 2015.

e autonomia. A unidade dos ordenamentos nacionais e o europeu, de acordo com o sistema comunitário europeu atual, prima por um “espaço jurídico de participação e decisão consorcial”. A existência do princípio da subsidiariedade apesar de alcançar posição de destaque não norteia as questões que envolvem a tutela do mercado único⁴⁷. A aplicação desse princípio aparece como princípio marginal no ordenamento comunitário em assuntos de política econômica, porquanto a garantia do mercado é o critério material de delimitação de competências exclusivas, o qual compõe o núcleo duro da União Europeia.⁴⁸

As competências exclusivas visam garantir a conformação física do espaço econômico unificado, que compreende a união aduaneira, o estabelecimento de regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno, a política monetária para os Estados-membros cuja moeda seja o euro e a política comercial comum (art. 3º, nº 1, letras *a* a *c* e *e* do Tratado de Lisboa).⁴⁹ No âmbito da política monetária, que está sob a égide do Sistema Europeu de Bancos Centrais (SEBC), dirigido pelo Banco Central Europeu (BCE), deverão os Estados-membros compatibilizar suas legislações nacionais com os Tratados e Estatutos do SEBC e do BCE (art. 131 do Tratado de Lisboa).

A economia social de mercado proposta no Tratado da União Europeia desnaturou as regras de intervenção do poder público. Sobre o plano conceitual a estratégia das instituições comunitárias é a reproposta de um modelo econômico assentado no princípio do *laissez-faire*. Esse princípio manifesta-se na orientação das leis da Comissão que estão fundadas segundo Gaetano Bucci e Luciano Patruno na economia de mercado (princípio econômico) e no princípio da não intervenção estatal (princípio político). Os autores informam que as políticas comunitárias se aproximam ao pensamento de Hayek de *Rule of Law*, e o papel do Estado é

47 Art. 5º

[...]

3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União. Cf. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Lisboa*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf> Acesso em: 20 set 2015.

48 BUELGA, Gonzalo Maestro. *El sistema de competencias en la Constitución económica europea: Unión y Estados miembros*. Revista de Derecho Constitucional Europeo. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/03gonzalomastrobuelga.htm>>. Acesso em: 20 set. 2015.

49 UNIÃO EUROPEIA. *Tratado de Lisboa*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/europa/Documents/Tratado_Versao_Consolidada.pdf> Acesso em: 20 set. 2015.

de neutralidade em relação ao mercado, mas de intervenção na sociedade, para conduzi-la em direção ao mercado.⁵⁰

Segundo Gonzalo Maestro Buelgo a União Europeia provocou, por consequência da integração sucessiva ao Tratado de Maastricht, a erosão do modelo constitucional do Estado social dos Estados membros. Vê-se na diferenciação competitiva como forma de integração interterritorial na base da assimetria pretende a integração econômica europeia. Portanto a assimetria como princípio ligado ao mercado, que demonstra estar na construção política da União Europeia, a economia assume posição preferencial do processo de integração.⁵¹

Aproximando-se a questão regional sob perspectiva normativa brasileira e europeia, a Constituição brasileira estabeleceu as bases para um projeto nacional de desenvolvimento que não tem a preponderância do livre mercado e livre concorrência, em que pese as diversas mutilações sofridas por inúmeras emendas constitucionais. A divisão de competências na Constituição brasileira estabelece que haja coordenação nas decisões políticas de desenvolvimento entre os entes federativos. No federalismo cooperativo assentado no ordenamento jurídico constitucional, a União possui a função coordenadora, não centralizadora, a fim de haja convergência entre os interesses regionais e os interesses nacionais. Nesse ponto a repartição de competências não adere a teorias liberais (ou neoliberais) sobre o federalismo, na qual o princípio da subsidiariedade ganha destaque. Enfatiza-se que esse princípio conduz os entes políticos a cumprir suas funções na sua esfera de atuação, e a ação estatal ficar limitada pelo exercício da descentralização e desestatização, de modo a impedir a interferência do poder central.⁵²

A justiça social no Brasil, assentada no *caput* do art. 170 da Constituição Federal, não está assentada na preferência ou preponderância pelo primado do livre mercado e na livre iniciativa. Ainda que as assimetrias estejam presentes no sistema de produção capitalista, a redução das desigualdades regionais não afasta a persecução do desenvolvimento econômico e social. Segundo pensamento de Eros Grau a justiça social

50 BUCCL, Gaetano; PATRUNO, Luciano. *Riflessioni sul c.c. modello sociale europeo, sull'Europa "sociale" dei capi di governo e sul mutato rapporto tra costituzione ed economia*. Disponível em: < <http://www.costituzionalismo.it/docs/modellosocialeuropeo.pdf> >. Acesso em: 20 set 2015. Cf. MONTANI, Guido. Neoliberalismo, federalismo e democrazia. *Rivista di Cultura e Politica*. Milano: Il Mulino, n. 6, p. 1019-1026, novembro-dicembre 2013.

51 BUELGA, Gonzalo Maestro. La crisi dell'Integrazione: economica e costituzionale. In: CANTARO, Antonio (org). *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione. L'integrazione europea dopo il Trattato di Lisboa*. Torino: Giappichelli, p. 42-43, 2010.

52 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, p. 169, 2003.

vai além da repartição do produto econômico a nível pessoal, pois inclui a repartição do produto econômico inspiradas não somente em razões micro, mas também macroeconômicas.⁵³

Quando se opta pela redução do espaço da política buscando-se limitar as atividades estatais ao mínimo, considerando-se a ausência de racionalidade dos poderes públicos nos momentos de crise política, conduz, em nome da neutralidade e da imparcialidade dos órgãos técnicos, para o afastamento das escolhas do espaço democrático para que as decisões exclusivamente sejam preponderantemente técnicas.⁵⁴

Quer seja no âmbito da União Europeia ou no Brasil, as políticas de longo prazo, além de nacionais, reconhecidamente também têm repercussão nas esferas regional e local. Lembre-se que a União Europeia detém personalidade jurídica internacional, mas não é uma entidade soberana, mas de acordo com seu propósito, levou à transformação das constituições econômicas do Estado social dos Estados membros. A tensão entre as constituições econômicas dos Estados membros e da União Europeia revelam a proposta de governança da União Europeia que, nas palavras de Gonzalo Maestro Buelga é a de um “gobierno-débil-control fuerte”.⁵⁵ No Brasil, o estado de desarticulação dos entes políticos que acabou por criar um Estado esquizofrênico (Bercovici), manterá no âmbito doméstico além de um governo fraco, um controle também fraco.

Não se pode olvidar que tais políticas de coesão social e econômica financiada por diversos fundos europeus estão paralelamente vinculadas com o cumprimento das metas de estabilidade fixadas pela União Europeia. Os Estados devem subscrever o Tratado sobre a estabilidade, sobre a coordenação e *governance* na União econômica e monetária aprovado pelo Conselho Europeu em 2012. Somente poderão os Estados receber suporte financeiro europeu com o Mecanismo Europeu de Estabilidade se houver a convergência com os comportamentos virtuosos previstos nesse tratado. As medidas de boa governança são as conhecidas medidas de austeridade das finanças públicas, as quais tem suas bases no equilíbrio das contas públicas e redução do débito público.⁵⁶

53 GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 208.

54 BERCOVICI, Gilberto. Estado, Planejamento e Direito público no Brasil Contemporâneo. In: CARDOSO Jr., José Celso; DOS SANTOS, Eugênio A. Vilela (org.). *PPA 2012-2015: experimentalismo institucional e resistência burocrática*. Brasília: IPEA, p. 28, 2015.

55 BUELGA, Gonzalo Maestro. El sistema de competencias en la Constitución económica europea: Unión y Estados miembros. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/03gonzalomaestrobuelga.htm>>. Acesso em: 20 set. 2015.

56 DI SCIASCIO, op. cit., p. 109.

Afirma Di Sciascio que as políticas de coesão não estão sendo suficientes para realizar uma plena regionalização ou integração na Europa, pois são evidentes as profundas diferenças e desigualdades de riquezas. Outro ponto está na forma de organização dos Estados, porque ainda permanecem diferenças entre as formas de articulação territorial nos Estados-membros. No âmbito dos modelos de governo regional existem diversidades nas suas estruturas institucionais, nas suas demandas sociais e culturais. Destaca-se, sob o aspecto econômico, a marca das diferenças dos níveis de renda, de taxa de ocupação nos setores produtivos, que são alguns dos indicadores que permitem demonstrar a diversidade entre as regiões mais desenvolvidas das menos desenvolvidas.⁵⁷

Paolo Giannatale e Francesco Passarelli já em 2011, antes mesmo do aprofundamento da crise grega em 2015, já acenavam que a submissão à política fiscal restritiva estabelecidas pelos parceiros europeus. O pano de fundo está na perda da soberania econômica e na capacidade de escolha de modelo de desenvolvimento social pelo Estado. Nesse contexto, frisam os autores italianos que o caso grego

*dimostra che l'integrazione economica europea non comporta automaticamente l'adozione di un modello sociale unico e standardizzato. Quello che c'è da aspettarsi per i prossimi decenni non è una convergenza del modello sociale greco verso quello tedesco, bensì una progressiva divergenza.*⁵⁸

Esse cenário também vem sofrendo Portugal e Espanha devido ao forte déficit público acompanhado por ausência de crescimento. No caso italiano, privilegia-se a contenção do déficit em presença de um elevado débito público. O governo italiano conteve despesas mais produtivas, como em pesquisa e instrução para enfrentar a desocupação com medidas sociais. Diante desse contexto socioeconômico veem Giannatale e Passarelli dificuldade diante da presença de elevado débito conjugado com estabilidade financeira e crescimento.⁵⁹

Mesmo diante das diversidades num Estado de proporções continentais como o brasileiro, não se pode pretender absorver o modelo de desenvolvimento econômico social europeu. O mais importante é compreender, visto de fora, os contornos das normas jurídicas europeias, a sua base ideológica, e os impactos diretos nas constituições dos Estados

57 DI SCIASCIO, op. cit., p. 65.

58 GIANNATALE, Paolo di; PASSARELLI, Francesco. La crisi economica e la crisi di un modello europeo di economia sociale di mercato. In: GARGIULO, Pietro. *Politica e Diritti Sociali nell'Unione Europea. Quale Modello Sociale Europeo?* Napoli: Editoriale Scientifica, p. 31, 2011.

59 GIANNATALE, op. cit., p. 32.

membros, sobretudo quando se abre mão de competências soberanas. À medida que foram ampliadas as atribuições da política econômica e monetária na União Europeia foram afastados os mecanismos políticos estatais que orientam o sistema econômico, para um modelo que opta por um intervencionismo fraco que vá ao encontro com centralidade e autonomia do mercado.⁶⁰ Por isso é importante identificar não somente as matérias, a extensão na distribuição de competências do constitucionalismo multinível. No Estado brasileiro se se seguisse por este caminho significaria decretar a morte de qualquer possibilidade de introduzir o projeto nacional de desenvolvimento, porquanto inviabilizaria o planejamento da atuação estatal e a própria ideologia constitucional adotada, como ocorreu com as constituições sociais europeias.⁶¹

3 CONCLUSÕES

A aproximação da abordagem jurídica do desenvolvimento regional na perspectiva da legislação brasileira e na comunitária sob a perspectiva macroinstitucional e em segundo plano, na perspectiva mesoinstitucional permite recolher observações sobre a ambiguidade do tema do desenvolvimento regional conforme a ideologia que permeia a legislação tratada.⁶²

Os objetivos positivados em textos normativos poderão permanecer no plano de difícil persecução, se estiver alinhada ao pensamento econômico que lhe dá sustentação que afasta do debate político determinadas questões econômicas. Isso não significa entender que o Estado interventor seja um Estado que submeta a sociedade sob a força de poder político institucionalizado, na pretensão de reviver o Leviatã, mas permitir trazer os conflitos existentes no espaço público (J. Habermas) para o Estado.

60 BUELGA, Gonzalo Maestro. El sistema de competencias en la Constitución económica europea: Unión y Estados miembros. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/03gonzalomastrobuelga.htm>>. Acesso em: 20 set. 2015.

61 Sobre esse ponto específico comentam Gaetano Bucci e Patruno Luciano: "La politica designata nei Trattati non è <<acquietata col mondo>>. Il mercato unico non esiste, infatti, né << in natura, né in Europa: bisogna crearlo, spianando muraglie, rompendo bardature nazionali, resistenze sociali>>. I <<tratti dirigistici>> della politica e la <<centralità assegnata al momento istituzionale>>, nelle previsioni dei trattati comunitari, provocano un paradossale rovesciamento dei contenuti dell'art. 3 della Costituzione italiana. Parafrasando il noto dettato costituzionale italiano, si potrebbe dire che <<è compito della Comunità europea rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'egualianza di merci, persone, servizi, e capitali, impediscano il pieno sviluppo del mercato unico>>". BUCCI, Gaetano; PATRUNO, Luciano. *Riflessioni sul c.c. modello sociale europeo, sull'Europa "sociale" dei capi di governo e sul mutato rapporto tra costituzione ed economia*. Disponível em: <<http://www.costituzionalismo.it/docs/modellosocialeeuropeo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

62 Cf. BUCCI, Maria Paula. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica para as Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205.

A divisão de competências isoladamente não traduz maior ou menor amplitude do exercício democrático se visto isoladamente do conteúdo que compreende a referida repartição. O federalismo cooperativo assume no Estado brasileiro a relevância da União no exercício da competência de coordenar e orientar o planejamento de desenvolvimento regional, ao passo que na União Europeia, a desconstrução das constituições sociais dos Estados-membros, conforma a opção pelos seus integrantes por políticas de desenvolvimento regional em conformidade com as normas jurídicas comunitárias.

Mesmo que tenhamos uma Constituição que prima pela implementação do projeto nacional de desenvolvimento, se não houver decisões políticas convergentes nas diversas esferas da federação, no plano da eficácia social, permanecerá estéril, adiado permanentemente para o futuro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Elementos de introdução geral ao estudo comparado dos direitos. Porto Alegre: SAFE, 1980.

BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. O art. 23 da Constituição de 1988 e as competências comuns. *Fórum Administrativo – Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, n. 6, ano 2, abril 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=54059>>. Acesso em: 12 maio 2009.

_____. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Plano Brasil para Todos*. Disponível em: <www.planejamento.gov.br>. Acesso em: 01 jun. 2012.

BRASIL. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. *PPA 2016-2019 Mensagem Presidencial*. Brasília: 2015.

ARAÚJO, Tânia Bacelar. *Ensaios sobre o desenvolvimento brasileiro: Heranças e Urgências*. Rio de Janeiro: Revan; Fase, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUCCI, Gaetano; PATRUNO, Luciano. *Riflessioni sul c.c. modello sociale europeo, sull'Europa "sociale" dei capi di governo e sul mutato rapporto tra costituzione ed economia*. Disponível em: <<http://www.costituzionalismo.it/docs/modellosocialeeuropeo.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari (coord.). *Políticas Públicas*. Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUELGA, Gonzalo Maestro. El sistema de competencias en la Constitución económica europea: Unión y Estados miembros. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*. Disponível em: <<http://www.ugr.es/~redce/REDCE5/articulos/03gonzalomaestrobuelga.htm>>. Acesso em: 20 set. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAPELLO, Mauro. *Guida ai Fondi Strutturalli Europei 2014-2020*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2015.

CARDOSO Jr, José Celso; CUNHA, Alexandre dos Santos (org). *Planejamento e avaliação de políticas públicas*. Livro 1. Brasília: IPEA, 2015.

CARDOSO Jr., José Celso; DOS SANTOS, Eugênio A. Vilela (org). *PPA 2012-2015: experimentalismo institucional e resistência burocrática*. Livro 2. Brasília: IPEA, 2015.

COELHO, Luis Fernando. *Direito Constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Para Viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. vol. V. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

DIÁLOGOS SETORIAIS UNIÃO EUROPEIA E BRASIL. *Regional Policy in the European Union and Brazil: an evaluation of regional development funds in Brazil*. Brasil: MPOG, 2011.

GARGIULO, Pietro. *Politica e Diritti Sociali nell'Unione Europea. Quale Modello Sociale Europeo?* Napoli: Editoriale Scientifica, 2011.

GUIMARÃES, João Carlos R; RABELO, Raquel A. *Diferenças de Renda, Emprego e Desigualdade entre os Municípios Brasileiros no Período de 1991 a 2000*. Texto para discussão n° 1.250. Brasília: IPEA, p. 29, dezembro de 2006.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MYRDAL, Gunnar. *Teoria Econômica e Regiões Subdesenvolvidas*. 2. ed. Rio de Janeiro, Zahar, 1962.

NUNES, António José Avelãs. *Constituição Europeia: a constitucionalização do neoliberalismo*. Coimbra: Boletim de Ciências Econômicas, volume XLVIII, p. 311-417, 2005.

RIVOSECCHI, Guido; ZUPPETA, Marialuisa. *Governo dell'Economia e Diritti Fondamentali nell'Unione Europea*. Bari: Caccuci, 2010.

SCIASCIO, Alessandro F. Di. *La politiche europee di coesione sociale tra amministrazione comunitaria e il sistema degli enti territoriali. Un'introduzione critica*. Torino: Giappichelli, 2014.

SPECIALE PROGRAMMAZIONE 2014-2020. *Una PA per la crescita*. Roma: fev 2013. Disponível em: <<http://www.dps.gov.it/it/pongat/comunicazione/Newsletter/..>>. Acesso em 07 set 2015.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governança na União Econômica e Monetária*. Disponível em: <http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=7366>. Acesso em: 20 set 2015.

VATAMAN, Dan. *History of the European Union*. LESIJ n° XVII, vol.2/2010, p. 128. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1787850>>. Acesso em: 03 set 2015.



CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA UNIÃO EUROPÉIA

*CONSIDERATIONS ABOUT THE HUMAN RIGHTS
PROTECTION SYSTEM IN THE EUROPEAN UNION*

*Sarah Cristina Souza Guimarães
Procuradora Federal*

*Chefe da Procuradoria Seccional Federal em Uberaba/MG
Especialista em Direito Civil e em Direito Processual Civil*

SUMÁRIO: 1 Contexto histórico e tema problema; 2 A resistência dos Estados membros à ampliação das matérias reguladas pela União Europeia e a relativização do princípio do primado; 3 A posição da União Europeia face à relativização do princípio do primado; 4 Os problemas decorrentes da interpretação da CEDH pelo TJCE; 5 A constatação de um duplo sistema de proteção dos direitos humanos na Europa; 6 Soluções propostas à constatação de um duplo sistema de proteção dos direitos humanos na Europa; 6.1 A proposta da Carta dos Direitos Fundamentais redigida pelo TJUE; 6.2 A proposta da adesão da UE à CEDH; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: A proteção dos direitos humanos tornou-se ponto relevante na agenda internacional após a II Guerra Mundial. Nesse sentido é o campo de atuação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH e da competência atribuída ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH. Essa não era, contudo, a preocupação prioritária quando das tratativas para a criação da Comunidade Europeia – CE, instituição criada para, primordialmente, promover a integração econômica entre os Estados membros. Entretanto, a ampliação da área de atuação da CE para além da seara econômica e as pressões exercidas pelos tribunais nacionais fizeram com que o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE e o TEDH, jurisdições que nunca deveriam ter se encontrado no campo jurisprudencial, cruzassem seus caminhos fazendo surgir, no âmbito europeu, dois Tribunais competentes para apreciar questões relativas aos direitos fundamentais. As sugestões de reparação dessa dualidade serão o objeto de estudo do presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. União Europeia. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Conselho da Europa. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Sistemas de Proteção.

ABSTRACT: The human rights protection became a relevant point on the international agenda after The World War II. This is the meaning of the European Convention on Human Rights and the competence attributed to European Court of Human Rights. However, it wasn't a high-priority when European Community negotiation started. Primarily, this institution was built to promote an economic integration between their members. The European Community expansions beyond economic area and the national courts pressures brought the European Union Court of Justice and the European Court of Human Rights - courts which should never have got at the same judicial field - at the same point. It made arise in Europe two qualified courts to appreciate human rights concerns. This article is about the suggestion to repair that kind of dual jurisdiction.

KEYWORDS: Human Rights. Fundamental Rights. European Union. Charter of Fundamental Rights of the European Union. The Council of Europe. European Convention on Human Rights. Protection Systems.

1 CONTEXTO HISTÓRICO E TEMA PROBLEMA

Após as atrocidades ocorridas durante a II Guerra Mundial, é notório o movimento dos Estados Nacionais no sentido de elaborar instrumentos internacionais objetivando distanciar o acontecimento de fatos violentos e destrutivos similares àqueles, protegendo a humanidade dos horrores e do flagelo acarretados pelo conflito armado.

Nesse sentido, pode-se fazer referência ao primeiro instrumento jurídico vinculativo¹ para os Estados membros surgido na Europa, qual seja, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – CEDH, assinada em 04 de novembro de 1950, entrou em vigor em 1953. Trata-se de um verdadeiro sistema de garantias jurídicas, uma vez que prevê órgãos, tais como a Comissão Europeia de Direitos do Homem - CEDH e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - TEDH, com competência para aplicar sanções nas hipóteses de descumprimento dos seus preceitos.

Por outro lado, historicamente projetada para tratar de assuntos eminentemente econômicos, a União Europeia - UE, nascida como Comunidade Econômica Europeia - CEE² em 1951 passa, notoriamente a partir de 1993 com a assinatura do Tratado de Maastricht, a ampliar sua área de atuação, avançando sobre as searas política, econômica e social. Isso ocorre quando a própria instituição tem como objetivo estreitar e aprofundar os laços entre os povos na Europa.

Não se deve perder de vista que o objetivo da União Europeia - UE nunca foi propriamente a proteção de direitos fundamentais, como o é o objetivo do Conselho da Europa – CE, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH, apesar de ambas instituições terem como objetivo comum a preservação da paz e o combate às ameaças contra a segurança. Nesse sentido, à princípio, as esferas de atuação da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

1 Antes da CEDH é possível identificar importantes instrumentos jurídicos de proteção aos direitos fundamentais, à exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre direitos Econômicos, Sociais e Culturais que, entretanto, por não haver neles sanções para o seu descumprimento são, na verdade, instrumentos não vinculativos, posto não passíveis de controle.

2 Os primórdios da União Europeia estão na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), criada pelo Tratado assinado em Paris em 18 de abril de 1953, entrou em vigor em 23 de julho de 1952; na Comunidade Econômica Europeia (CEE) e na Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEA ou Euratom), criadas pelo Tratado de Roma assinado em 25 de março de 1957, e fusionadas pelo Tratado de 23 de julho de 2002. Por fim, a União Europeia foi criada pelo Tratado de Maastricht, assinado em 07 de fevereiro de 1992, entrou em vigor a partir de 01 de novembro de 1993.

– CEDH e da Comunidade Econômica Europeia - CEE não se tocavam tratando, cada qual, de matérias distintas.

Acontece que, à medida que a União Europeia avança sua regulação no sentido de promover uma ampla integração entre os países membros, o trato da matéria relativa aos direitos humanos torna-se inevitável. Isso criaria um verdadeiro impasse que será o objeto de estudo do presente artigo, qual seja, duas ordens jurídicas responsáveis por realizar o controle jurídico de violações aos direitos humanos na Europa.

2 A RESISTÊNCIA DOS ESTADOS MEMBROS À AMPLIAÇÃO DAS MATÉRIAS REGULADAS PELA UNIÃO EUROPEIA E A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PRIMADO

Conforme apresentado acima, notoriamente a partir de 1993 com a assinatura do Tratado de Maastricht, a União Europeia tem um notório avanço no que se refere à sua área de atuação, inicialmente planejada para abranger o campo econômico.

Um primeiro conflito surgiu a partir desse avanço pode ser observado no que se refere à aplicação do princípio do primado pelos Estados membros. Segundo o referido princípio, existindo uma norma de direito comunitário em conflito com uma norma de direito nacional, a primeira deve ser aplicada, suspendendo-se a previsão do direito interno.

Trata-se de um princípio não expresso, resultado de construção jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE que encontrou, claramente, obstáculos para ser aplicado pelo Tribunais Nacionais. Esses últimos afastavam o princípio do primado alegando que, por possuírem natureza constitucional, é esse instrumento normativo que devem proteger e de onde emerge a sua legitimidade.

Em contrapartida argumenta-se que, se o Estado nacional é membro da União Europeia e ratificou a norma comunitária, essa norma é, em última instância, norma do Estado e, por conseguinte, negar-lhe aplicação, seria violar o princípio do *pacta sunt servanda*.

Outros argumentos lançados pelos Tribunais Nacionais para afastar a aplicação do princípio do primado face a direitos fundamentais protegidos pelo Estado membro é o fato de que o respeito aos direitos fundamentais não é uma garantia acordada inicialmente no âmbito da União Europeia. Ademais, as jurisdições nacionais, no seu círculo de competência, estão aptas a garantir os direitos fundamentais dos seus cidadãos.

Essa resistência dos Tribunais Nacionais relaciona-se ao fato de que, originariamente, a UE não previu a tutela dos direitos fundamentais a serem resguardados da forma como existe nas Constituições dos países

membros, nem sob a forma de uma cláusula genérica, nem sob a forma de uma declaração.

Desse modo, ao aplicar o princípio do primado, os Estados membros sentiram-se desguarnecidos no que se refere aos seus direitos fundamentais, uma vez que nem mesmo esses direitos poderiam ser invocados face ao direito comunitário. Isso poderia acarretar, em última instância, a violação dos direitos fundamentais do ordenamento nacional por uma norma de direito comunitário, sem que essa última estivesse sujeita a controle por parte do Tribunal Nacional.

Por conseguinte, os Tribunais Nacionais paralisam o primado do direito comunitário face aos direitos fundamentais plasmados nas constituições nacionais, subordinando os atos da União Europeia aos direitos humanos consagrados nas suas respectivas Cartas fundamentais, e admitindo o controle constitucional das normas comunitárias face aos referidos princípios.

A posição adotada pelos Estados membros, entretanto, enfraquecia o propósito integrativo e supranacional da União Europeia.

Observou-se, por certo período, uma tentativa de apaziguar posições extremistas e um empenho, tanto por parte dos Tribunais Nacionais, quanto por parte do TJCE, de coordenar as duas ordens jurídicas, num verdadeiro diálogo entre os juízes.

3 A POSIÇÃO DA UNIÃO EUROPEIA FACE À RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PRIMADO

Apesar do clima amistoso do diálogo, e na tentativa de garantir o sucesso da União Europeia – UE, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia – TJCE primeiramente reafirma a superioridade hierárquica das suas normas, ao não aceitar uma norma nacional como parâmetro de validade para avaliar os atos comunitários, e define um rol de direitos fundamentais, inspirado nas tradições constitucionais dos Estados membros, a serem protegidos na forma de Princípios Gerais do Direito – PGD.

Ademais, lançou mão, em seus julgados, de instrumentos internacionais aos quais os Estados nacionais aderiram, ao exemplo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem-CEDH, que igualmente consagra Princípios Gerais do Direito, como forma de dar maior legitimidade no seu trânsito por essa matéria, qual seja, Direitos Humanos.

De se ver que o TJCE é mais bem-sucedido quando lança mão de instrumentos internacionais aos quais os Estados membros ratificaram, uma vez que esse instrumento tem efeito integrador e homogeneizante, afinal, foi construído coletivamente. Ao contrário do argumento da tradição

constitucional dos Estados Membros, que se lançaria mão ao sabor da conveniência do momento, uma vez que nada estabelecia em quantas Constituições tal direito deveria estar previsto para ser considerado como tradição constitucional europeia.

4 OS PROBLEMAS DECORRENTES DA INTERPRETAÇÃO DA CEDH PELO TJCE

O problema surge quando, ao interpretar e aplicar a Convenção acima referida, o TJCE dá interpretação divergente e, por vezes, contraditória à aplicada pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem quanto aos mesmos direitos.

Assim, diante da ausência de um painel de direitos fundamentais que pertencesse formalmente ao ordenamento jurídico comunitário, o TJCE optou por alargar de forma pretoriana o corpo de princípios gerais do direito que tinha como referência principal a CEDH³.

O Tribunal de Justiça acorda à CEDH o estatuto de instrumento internacional privilegiado, quase exclusivo, para a revelação de direitos fundamentais garantidos na ordem jurídica comunitária. As tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros passam a ser uma fonte de segundo plano muito longínqua. A razão está, como denota DUARTE, que “a CEDH representa o elemento mais valioso e nodal do património constitucional europeu pelo simbolismo de uma vinculação partilhado por todos os Estados-Membros e pelo significado preciso das obrigações que impõe aos Estados”.⁴

Importante ressaltar que o TJCE não aplicava diretamente a CEDH, mas sim princípios gerais do direito de lá extraídos⁵. Essa manobra se deve por absoluta falta de competência do TJCE em lançar mão diretamente da CEDH uma vez que esta última não é fonte formal do direito na União Europeia por não ter aderido a ela formalmente.

Desse modo, apesar de os PGD terem sido originalmente retirados da CEDH, quando aplicados pelo TJCE se davam dentro de uma lógica

3 MENDES, Ruben Alexandre Ventura. *A origem da proteção dos direitos fundamentais na União Europeia e a adesão desta à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2014. 196 p. (Dissertação de mestrado). p. 51.

4 *Ibidem*, p. 63.

5 Esta conclusão hoje figura no artigo 6º. §3º do Tratado da União Europeia, in verbis: “do direito da União fazem parte, enquanto princípios gerais, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.”

específica, sendo interpretados de forma independente e autônoma, atendendo aos objetivos comunitários.

Como consequência, observa-se um período de desarticulação entre as duas ordens jurídicas, quais sejam UE/TJCE e CE/TEDH⁶. A título de exemplo, citamos o caso “Funcionário X c. Comissão” em que o TJCE alargou o âmbito de interpretação do direito fundamental do respeito à vida privada relativamente ao que era entendido, até então, pelo TEDH⁷.

Em outra oportunidade, o TJCE decidiu, no caso “Hoechst”⁸, que o direito fundamental ao respeito da vida privada e familiar não se estendia às instalações comerciais. Contrariamente, o TEDH, no caso “Chappel c. Reino Unido”⁹, decidiu estender a proteção do direito à vida privada às instalações comerciais.

Observa Ruben Alexandre Ventura Mendes que:

Situações como estas continuam a acontecer e são muito delicadas. Por um lado, elas não favorecem as posições do Tribunal de Estrasburgo a respeito do estatuto da Convenção Europeia dos Direitos do Homem na ordem jurídica comunitária pois que tal demonstra que todas as questões não estão resolvidas e que tendem a aumentar as zonas de interferência entre as competências do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Por outro lado, se o TJCE interpreta o conteúdo de um direito fundamental de uma maneira diferente do TEDH, há um verdadeiro perigo para a autoridade de uma das duas jurisdições. Seria incómodo para o Tribunal de Estrasburgo ver a sua jurisprudência ser ignorada pelo TJCE e, inversamente, haveria um risco de que o TJCE fosse criticado se praticasse uma interpretação dos direitos fundamentais algo mais restritiva do que aquela que é feita pelo TEDH, sobretudo se a acção for direccionada contra uma instituição comunitária.¹⁰

6 BALFOUR, Adam. Application of the European Convention on Human Rights by the European Court of Justice. Harvard Law School Student Scholarship Series, Harvard, [s.v.], [s.n.], p. 1-57, jan. 2005. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=harvard_students>. Acesso em: 28 set. 2015.

7 Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) do 5 Outubro de 1994, X c. Commission. Proc. C-404/92P. Col. de Jur. 1994, p. I-4737 e ss. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992CJ0404:PT:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2015.

8 Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) do 21 de Setembro de 1989, Hoechst. Procs. apensos 46/87 e 227/88. Col. de Jur. 1989, p. 2859 e ss. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987CJ0046:PT:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2015.

9 Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem do 30 de Março de 1989, Chappell c. Reino Unido. Proc. n.º 10461/83. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62017>>. Acesso em: 28 set. 2015.

10 MENDES, op. cit., p. 60.

5 A CONSTATAÇÃO DE UM DUPLO SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA EUROPA

Observa-se, apesar disso, esforços concretos, tanto por parte do TJCE, quanto do TEDH, de alinharem suas jurisprudências. Descreve-se a relação travada entre eles como sendo harmoniosa e cooperativa, em um claro diálogo inter-jurisdicional¹¹. Contribuiu para esse diálogo tanto a citação cruzada das jurisprudências, quanto a migração de juízes de um Tribunal para o outro.

Essa relação torna-se tão estreita e profunda que o TJCE incorpora direta e literalmente as disposições da CEDH na forma como interpretada pelo TEDH, dispensando o filtro inicialmente usado dos PDG¹².

Desde então, o TJCE não distingue claramente os direitos fundamentais tais como eles são directamente aplicados a partir da CEDH, dos direitos fundamentais compreendidos nos princípios gerais do direito comunitário. A Convenção acaba por ser simultaneamente acolhida na ordem jurídica comunitária como se ela tivesse uma força jurídica vinculativa directa e é apresentada noutros casos como se tivesse servido de mera fonte de inspiração ao juiz comunitário quando este identifica os princípios gerais do direito comunitário.

Impossível negar com isso que, apesar dos esforços empreendidos, verifica-se a existência de um duplo sistema de proteção dos direitos fundamentais na Europa, ambos acolhendo o mesmo instrumento jurídico, qual seja, a CEDH.

Um duplo sistema que se empenha em dirimir divergências jurisprudenciais através de referências cruzadas de julgados, de compartilhamento de raciocínios jurídicos e de presunções de proteção equivalente dos direitos fundamentais por parte dos dois órgãos (TEDH e TJUE) tanto no que concerne às garantias substanciais quanto aos mecanismos de controle.¹³

11 O'MEARA, Noreen. A more Secure Europe of Rights? The European Court of Human Rights, the Court of Justice and the EU Accession to the ECHR. *German Law Journal*. [s.l.], v. 12, n.º 10, p. 1813-1832, 2011. p. 1815.

12 Um exemplo dessa aplicação directa é o caso "Baustahlgewebe". Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) do 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe. Proc. C-185/95P. Col. de Jur. 1998, p. I-8417 e ss. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995CJ0185:PT:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2015.

13 BACHOUÉ-PEDROUZO, Géraldine. *Le Contrôle Juridictionnel de la Coopération Intergouvernementale dans l'Union Européenne: Contribution au Processus de Juridictionnalisation de l'Union*. Bayonne: Université de Pau et des Pays de l'Adour, 21 de novembro de 2012. 626 p. (Tese de doutorado). p. 136.

Desse cenário de duplo sistema de proteção emergem dois pontos que merecem destaque. O primeiro deles diz respeito à presunção de proteção equivalente que, apesar de ser uma presunção, não é absoluta, podendo ser afastada, segundo o TEDH, nos casos em que a proteção dada aos direitos fundamentais pelo TJUE se mostrar manifestamente ineficiente. De se ver que existe margem para relativização da presunção, margem um tanto quanto imprecisa e indefinida quanto ao seu conteúdo.

O segundo ponto diz respeito à identificação de um fórum shopping europeu. De fato, apesar a larga margem de harmonização alcançada entre o TEDH e o TJUE, as pequenas diferenças restantes oferecem às partes a possibilidade de escolherem à qual jurisdição desejam se submeter. A verificação desse fenômeno, entretanto, enfraquece a autoridade das instituições.

6 SOLUÇÕES PROPOSTAS À CONSTATAÇÃO DE UM DUPLO SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NA EUROPA

Na tentativa de alinhar o funcionamento desses dois órgãos e, por fim, dirimir as contradições por ventura existentes, emergiram duas correntes. A primeira delas propõe a redação, por parte do TJUE, de uma Carta dos Direitos Fundamentais inspirada na jurisprudência do TEDH, como forma de dar autonomia à UE face à CEDH, podendo, a seu critério, optar por ampliar as hipóteses de proteção dos direitos fundamentais, bem como resgatar a proteção da tradição constitucional dos Estados membros. A segunda corrente propõe a adesão da UE à CEDH, o que implicaria a submissão da União Europeia e do próprio TJCE à jurisdição do TEDH.

Vamos analisar mais detidamente cada uma dessas correntes.

6.1 A proposta da Carta dos Direitos Fundamentais redigida pelo TJUE

A primeira corrente foi concretizada através do Tratado de Lisboa, de 01 de dezembro de 2009, quando a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que começou a ser redigida em 1999, passou a ter caráter vinculativo para os 25 Estados membros, tendo o Reino Unido e a Polônia aderido a certas derrogações.

Nessa ocasião, o artigo F do Tratado de Maastricht foi alterado para reconhecer a força vinculativa da Carta, passando a ser o artigo 6º, §1º, com a seguinte redação:

a União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de

Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.

De imediato a Carta passou a servir de fundamento para um sem número de casos submetidos à apreciação do TJUE. Ruben Alexandre Ventura Mendes aponta que a Carta se tornou o texto de referência e o ponto de partida para análise dos casos no âmbito do TJUE.¹⁴

A Carta foi, ao final, estruturada com um preâmbulo e cinquenta e quatro artigos. Os artigos estão distribuídos em seis grandes capítulos (Dignidade, Liberdade, Igualdade, Solidariedade, Cidadania, Justiça), um último capítulo define as disposições gerais relativas à interpretação e aplicação da Carta.

- Capítulo 1: Dignidade (artigos 1.º a 5.º)
- Capítulo 2: Liberdades diversas (artigos 6.º a 19.º), nomeadamente as liberdades inovadoras de exercer uma investigação científica (artigo 13.º), de empreender (artigo 16.º) e de proteger a propriedade intelectual (artigo 17.º §2);
- Capítulo 3: Igualdade (artigos 20.º a 26.º), entre os quais estão incluídos os direitos da criança (artigo 24.º);
- Capítulo 4: Solidariedade (artigos 27.º a 38.º), designadamente a proteção em caso de despedimento injustificado (artigo 30.º) e o acesso aos serviços de interesse económico geral (artigo 36.º);
- Capítulo 5: Cidadania (artigos 39.º a 46.º), como por exemplo o direito a uma boa administração (artigo 41.º)
- Capítulo 6: Justiça (artigos 47.º a 50.º).

Majoritariamente, a Carta é apontada como um catálogo de direitos mais amplo que a CEDH¹⁵. Interessante observar que, apesar dessa

¹⁴ MENDES, op. cit., p. 89.

¹⁵ Conclusões do Advogado Geral RUIZ-JARABO COLOMER apresentadas ao TJCE a 11 de julho de 2002, Kaba. C-466/00. Col. de Jur. 2003, p. I-2219 e ss. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=47087&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=79679>>. Acesso em: 28 set. 2015.

conclusão, a intensão de se preservar uma interpretação da Carta alinhada aos preceitos da CEDH foi expressamente prevista no artigo 53, §3º.

Ele [o artigo 53, §3º] enuncia explicitamente que a Carta contém direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção e que o sentido e âmbito interpretativo a dar a estes direitos deve ser igual ao conferido pela CEDH. Tal não impede que a Carta e o direito da União confirmem uma protecção mais extensa ou mais ampla do que a Convenção, ou seja, que o TJCE beneficie de uma total liberdade para ser mais exigente que o catálogo convencional. Esta possibilidade é encarada com naturalidade e é perfeitamente compatível com o sistema do TEDH/Convenção: conforme aquilo que foi dito em Títulos anteriores, a CEDH veio apenas consagrar um “mínimo denominador comum” entre os Estados Europeus em matéria de protecção dos direitos fundamentais, podendo cada um deles, voluntariamente, elevar o alcance e âmbito de protecção.

Aquilo que não é permitido fazer, diz-nos o artigo 53.º, é que, em sentido diverso, alguma disposição da Carta seja “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 protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-membros”. Esta é uma cláusula de não-retrocesso ou cláusula de “stand still” dos níveis de protecção.¹⁶

Apesar de se poder notar um forte trabalho no sentido de manter a jurisprudência dos dois tribunais, quais sejam, TEDH e TJUE, alinhadas, a ausência de uma cláusula de reenvio formal dá plena autonomia interpretativa ao TJUE não impedindo, de fato, a interpretação divergente quanto a direitos equivalentes.

A conclusão acima exposta torna-se expressa no Parecer 1/91¹⁷ que, na interpretação de Ruben Alexandre, diz:

¹⁶ MENDES, *op. cit.*, p. 92.

¹⁷ Parecer do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) do 14 de dezembro de 1991, Projecto de Acordo entre a Comunidade, por um lado, e os países da associação Europeia de Comércio Livre, por outro, relativo à criação do espaço Económico Europeu. Parecer 1/91. Col. de Jur. 1991, p. I-6079 e ss. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991CV0001:PT:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2015.

a identidade dos termos das disposições do acordo [internacional] com as disposições comunitárias correspondentes não significa que elas devam necessariamente ser interpretadas de forma idêntica. Com efeito, um tratado internacional deve ser interpretado não somente em função dos termos com os quais foi redigido, mas também à luz dos seus objectivos.¹⁸

6.2 A proposta da adesão da UE à CEDH

A segunda corrente, que propõe a adesão da União Europeia à CEDH, foi de certa forma relativizada com a elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da UE. Entretanto, questões ainda não dirimidas, tais como, as divergências nos mecanismos de proteção dos direitos humanos no âmbito da Europa e a possibilidade de reconhecimento da autoridade de jurisdições internacionais pela UE, fez com que a segunda corrente permanecesse viva.

Ponto relevante no desenvolvimento dessa corrente consiste no Parecer 2/94¹⁹, exarado pelo TJUE em 1996. Na oportunidade, o Tribunal foi provocado a se manifestar sobre a compatibilidade entre o Tratado que institui a Comunidade Europeia – TCE e a adesão da Comunidade Europeia – CE à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – CEDH.

O Parecer foi no sentido de que a salvaguarda dos direitos fundamentais não era atribuição da Comunidade Europeia, conforme originalmente previsto do seu Tratado constitutivo. Dessa forma, caso esse fosse o desejo dos Estados membros, deveria se proceder a uma alteração dos tratados fundadores da UE, de modo a legitimar a adesão da instituição à CEDH.

Ruben Alexandre Ventura Mendes sintetiza que:

Por outras palavras, apesar do Tribunal assegurar o respeito pelos direitos fundamentais na Comunidade, a verdade é que nenhuma disposição dos tratados, nem tampouco uma Carta desses direitos, existia ainda na União Europeia. No estado do direito comunitário de então, nada permitia legitimar a “integração do conjunto das disposições

¹⁸ MENDES, op. cit., p. 94.

¹⁹ Parecer do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) do 28 de Março de 1996, Adesão da Comunidade à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Parecer 2/94. Col. de Jur. 1996, p. I-1759 e ss. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994CV0002:PT:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2015.

da Convenção na ordem jurídica Comunitária” e essa integração implicaria “uma alteração substancial do regime comunitário actual de protecção dos direitos do homem”.

Treze anos após o referido parecer um movimento consistente no avanço da segunda corrente foi sentido com a assinatura do Tratado de Lisboa, de 01 de dezembro de 2009, quando foi alterado o artigo 6º do Tratado sobre a União Europeia que agora prevê expressamente: “a União adere à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados”.

De se ver que, em verdade, a União Europeia já assinou um acordo de adesão à CEDH, entretanto, até o presente momento a proposta da segunda corrente encontra na fase de ratificação pelos Estados membros.

7 CONCLUSÃO

Como foi possível observar, a protecção dos direitos do homem não era a preocupação prioritária quando das tratativas para a criação da Comunidade Europeia. Questões de integração econômica eram o ponto principal na competência atribuída ao TJCE, ao passo que problemas relacionados à protecção dos direitos do homem estavam inseridos no campo de atuação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH e da competência do TEDH.

Entretanto, por força das pressões exercidas pelos tribunais nacionais, o TJUE e o TEDH, jurisdições que nunca deveriam ter se encontrado no campo jurisprudencial, viram os seus caminhos se cruzarem no mesmo momento em que os seus juízes se esforçam para desenhar uma solução para a ausência de uma protecção coerente dos direitos do Homem na União Europeia²⁰.

Duas correntes se apresentaram como forma de reparar essa dualidade de jurisdições competentes para apreciar questões relativas aos direitos humanos. A primeira delas defende a elaboração de um catálogo dos direitos fundamentais da UE inspirada na CEDH e a segunda sugere a adesão da UE à CEDH.

Ambas as correntes não se excluem e, de fato, esforços concretos puderam ser observados nos dois sentidos conforme apresentamos ao longo desse artigo.

Apesar disso, até o momento, a dualidade de jurisdições persiste no âmbito europeu, onde dois Tribunais são competentes para proteger

²⁰ MENDES, op. cit., p. 61.

os direitos fundamentais e para os quais o instrumento privilegiado é, direta ou indiretamente – via Princípios Gerais do Direito – a Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH.

REFERÊNCIAS

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) do 21 de setembro de 1989, Hoechst. *Procs. apensos 46/87 e 227/88*. Col. de Jur. 1989, p. 2859 e ss. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61987CJ0046:PT:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2015.

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) do 5 outubro de 1994, X c. Commission. *Proc. C-404/92P*. Col. de Jur. 1994, p. I-4737 e ss. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61992CJ0404:PT:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2015.

Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) do 17 de dezembro de 1998, Baustahlgewebe. *Proc. C-185/95P*. Col. de Jur. 1998, p. I-8417 e ss. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61995CJ0185:PT:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2015.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem do 30 de março de 1989, Chappell c. Reino-Unido. *Proc. n.º 10461/83*. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-62017>>. Acesso em: 28 set. 2015.

BACHOUÉ-PEDROUZO, Géraldine. *Le Contrôle Juridictionnel de la Coopération Intergouvernementale dans l'Union Européenne: Contribution au Processus de Juridictionnalisation de l'Union*. Bayonne: Université de Pau et des Pays de l'Adour, 21 de novembro de 2012. 626 p. (Tese de doutorado).

BALFOUR, Adam. Application of the European Convention on Human Rights by the European Court of Justice. *Harvard Law School Student Scholarship Series*, Harvard, [s.v.], [s.n.], p. 1-57, jan. 2005. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1004&context=harvard_students>. Acesso em: 28 set. 2015.

Conclusões do Advogado Geral RUIZ-JARABO COLOMER apresentadas ao TJCE a 11 de julho de 2002, Kaba. *C-466/00*. Col. de Jur. 2003, p. I-2219 e ss. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=47087&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=79679>>. Acesso em: 28 set. 2015.

CONVENÇÃO Europeia de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais do 4 de Novembro de 1950. Estrasburgo: *Conselho da Europa*, [s.i.]. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.

MENDES, Ruben Alexandre Ventura. *A origem da proteção dos direitos fundamentais na União Europeia e a adesão desta à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2014. 196 p. (Dissertação de mestrado).

Parecer do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) do 14 de dezembro de 1991, Projecto de Acordo entre a Comunidade, por um lado, e os países da associação Europeia de Comércio Livre, por outro, relativo à criação do espaço Económico Europeu. *Parecer 1/91. Col. de Jur. 1991*, p. I-6079 e ss. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991CV0001:PT:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2015.

Parecer do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) do 28 de março de 1996, Adesão da Comunidade à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. *Parecer 2/94. Col. de Jur. 1996*, p. I-1759 e ss. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994CV0002:PT:PDF>>. Acesso em 28 set. 2015.

O'MEARA, Noreen. A more Secure Europe of Rights? The European Court of Human Rights, the Court of Justice and the EU Accession to the ECHR. *German Law Journal*. [s.l.], v. 12, n.º 10, p. 1813-1832, 2011.

TRATADO de Lisboa que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007. *Jornal Oficial da Comunidade Europeia*, C 306/01 (17.12.2007). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2007:306:SOM:PT:HTML>>. Acesso em: 28 set. 2015.

TRATADO de Maastricht do 7 de Fevereiro de 1992. *Jornal Oficial da Comunidade Europeia*, C 191/01 (29.07.1992). Disponível em: <http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_on_european_union/treaty_on_european_union_pt.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.

CARTA dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, C 83/389 (30.3.2010). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:pt:PDF>>. Acesso em: 28 set. 2015.



A PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA PRIVADA
E DO DIREITO À INTIMIDADE NA ORDEM
CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E NA
CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS
HUMANOS

*THE PROTECTION OF THE RIGHT TO PRIVATE LIFE
AND THE RIGHT TO PRIVACY IN THE BRAZILIAN
CONSTITUTIONAL ORDER AND THE EUROPEAN
CONVENTION ON HUMAN RIGHTS*

*Tiago da Silva Fonseca
Procurador da Fazenda Nacional
Mestre em Direito Público pela UFMG*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O direito à vida privada e intimidade como espécie do gênero direitos humanos; 2 A proteção da vida privada e da intimidade na ordem constitucional brasileira; 3 A proteção da vida privada e da intimidade na Convenção Europeia de Direitos Humanos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Os direitos humanos são atributos da dignidade da pessoa e são internacionalmente reconhecidos como necessários ao exercício da personalidade humana. O direito à vida privada e o direito à intimidade são espécies do gênero direitos humanos. Como qualquer direito fundamental, o direito à vida privada e o direito à intimidade não são direitos absolutos e sofrem limitações, tanto por diplomas legislativos ou convencionais, como por juízo de ponderação com outros direitos. As limitações ao direito à vida privada e ao direito à intimidade, entretanto, não podem atingir o seu núcleo essencial. A doutrina e a jurisprudência brasileiras acerca do direito à vida privada e ao direito à intimidade orbitam em torno da proteção da honra e da imagem e da inviolabilidade de comunicações, de dados e do domicílio. A Corte Europeia de Direitos Humanos associa o direito à vida privada e o direito à intimidade a situações diversas, tais como o direito à integridade física e psicológica, o direito de ser livre para desenvolver identidade e o direito de viver a vida conforme escolha, a proibição do acesso indesejado e da poluição ambiental grave.

PALAVRAS-CHAVE: Vida Privada. Intimidade. Constituição da República. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Corte Europeia de Direitos Humanos.

ABSTRACT: Human rights are attributes of human dignity and are internationally recognized as necessary for the exercise of human personality. The right to private life and the right to privacy are the genre human rights species. Like any fundamental right, the right to private life and the right to privacy are not absolute rights and suffer limitations, either by legislative or conventional diplomas, for judgment balanced against other rights. Limitations on the right to private life and the right to privacy, however, can not achieve its essential core. The doctrine and the Brazilian jurisprudence on the right to private life and the right to privacy orbit around the protection of honor and the image and the inviolability of communications, datas and household. The European Court of Human Rights links the right to private life and the right to privacy to different situations, such as the right to physical and psychological integrity, the right to be free to develop identity and the right to live life as choice, prohibition of unwanted access and serious environmental pollution.

KEYWORDS: Private Life. Privacy. Brazilian Constitution. European Convention on Human Rights. European Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são aqueles reconhecidos internacionalmente como essenciais ao exercício das potencialidades e da personalidade humana. A partir da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU, de 1948, é crescente a preocupação dos Estados em criar e desenvolver uma pauta de proteção dos direitos humanos, representada por uma série de tratados e convenções assinados com o objetivo de promover um núcleo de garantias que, independente do multiculturalismo mundial, é básico.

São características dos direitos humanos a universalidade, a inerência, a indivisibilidade, a interdependência, a complementariedade, a indisponibilidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade. Os atuais tratados de direitos humanos deixam de ser mera declarações para assumirem um caráter cada vez mais vinculantes, perante órgãos internacionais criado para fiscalizarem os Estados contratantes no cumprimento daquilo que foi acordado e assinado. Além da vinculação internacional, os tratados de direitos humanos têm assumido importância cada vez maior na ordem jurídica interna dos Estados, fundamentando a criação e a interpretação de leis.

O direito à vida privada e o direito à intimidade são espécies de direitos humanos e consistem na garantia de se preservar as relações sociais mais próximas, as relações pessoais, as relações familiares e o conjunto de informações, dados, imagens, comunicações decorrentes dessas relações de interferências não autorizadas, seja de agentes públicos ou particulares. Como espécies de direitos humanos, o direito à vida privada e o direito à intimidade não são absolutos e estão sujeitos a exceções expressamente previstas em leis e ao juízo de ponderação com outros valores, constitucional ou convencionalmente reconhecidos. A exceção e a ponderação ao direito à vida privada e intimidade não podem atingir o seu núcleo essencial, sob pena de se atingir a própria dignidade da pessoa humana.

No Brasil, o direito à vida privada e à intimidade vem sendo associado à reparação em casos de dano à imagem e à honra, bem como à inviolabilidade de sigilo de comunicações, de dados e do domicílio.

Na Comunidade Europeia, o direito à vida privada e à intimidade parece estar recebendo interpretação mais abrangente, de modo a garantir o direito à integridade física e psicológica, o direito de ser livre para desenvolver identidade e o direito de viver a vida conforme escolha, bem como de modo a proibir o acesso indesejado e a proibir a poluição ambiental grave.

1 O DIREITO À VIDA PRIVADA E INTIMIDADE COMO ESPÉCIE DO GÊNERO DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são aqueles reconhecidos internacionalmente como essenciais para o exercício da personalidade. Independente das particularidades nacionais, sociais ou culturais, os direitos humanos se consolidam como garantias inerentes à pessoa que os Estados Modernos devem promover e proteger.

Com o aumento das relações internacionais entre os Estados, a proteção dos direitos humanos atinge importância e destaque cada vez maiores. Os Estados não só assumem a responsabilidade de efetivação dos direitos fundamentais perante os seus povos (eficácia vertical dos direitos fundamentais), mas também assumem o compromisso de proteção dos direitos humanos perante outros Estados.

Da preocupação dos Estados com a proteção dos direitos humanos decorre o crescente número de tratados internacionais sobre o tema. Como tratados mais gerais, destaca-se a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (1948), o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos (1966), o Pacto dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais (1966), o Pacto de São José da Costa Rica (1969), a Convenção Européia de Direitos Humanos (1950). Como tratados mais específicos e temáticos, cita-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006).

Tais acordos internacionais adquirem importância cada vez maior na realidade constitucional de cada país signatário. Os tratados de direitos humanos passam a ser fonte de inspiração para a criação e aperfeiçoamento de normas relativas à proteção dos direitos fundamentais. Não obstante, passam a constar cada vez mais da fundamentação de julgados nas Cortes Constitucionais, especialmente quando os próprios Estados violam os direitos essenciais de seus povos.

No Brasil, a importância dos tratados dos direitos humanos é evidenciada já na Constituição, que admite a sua incorporação com status de emenda constitucional, caso aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros¹. Imbuído desse espírito de abertura da ordem constitucional brasileira aos direitos humanos, o Supremo Tribunal Federal classifica

¹ Art. 5º, §3º da Constituição da República.

como supralegal a norma veiculada em tratado de direitos humanos incorporado pela aprovação em rito ordinário no Congresso Nacional².

Os direitos humanos são universais, já que independem da nacionalidade, sexo, cor ou qualquer outra fonte de diferenciação. Como são atributos da dignidade da pessoa humana, afirma-se a inerência dos direitos humanos, que dispensam o reconhecimento dos Estados, cuja função é definir as regras para melhor proteção e promoção. Os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e complementares. Ainda que se fale em dimensões de direitos³, os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais não são estanques e a sua implementação deve se dar de maneira conjunta. Existem situações de disposição de parte dos direitos pelos titulares ou de cessão frente a outros direitos na ponderação efetuada com proporcionalidade. Todavia, os direitos humanos não são eliminados nessas situações, nem perdem a sua característica de indisponibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade.

- 2 Voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE 466343/SP, STF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05/06/2009: “Portanto, *diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos*, não é difícil entender que a *sua internalização no ordenamento jurídico*, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, *tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante*. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, *a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel* (art. 5o, inciso LXVII) *não foi revogada* pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7o, 7), *mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria*, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1o de outubro de 1969. Tendo em vista o *caráter supralegal* desses diplomas normativos internacionais, *a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada*. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que reproduz disposição idêntica ao art. 1.287 do Código Civil de 1916. Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7o, 7), *não há base legal para aplicação da parte final do art. 5o, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel* (grifos do autor).
- 3 “Os direitos fundamentais, como vimos, buscam resguardar o homem em sua liberdade, igualdade e fraternidade. Isso já era expressado no lema da revolução francesa, que ‘exprimi em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade’. Os direitos fundamentais, destarte, passaram a se manifestar institucionalmente em três gerações ou dimensões sucessivas, dando ensanchas ao surgimento dos direitos da primeira, da segunda e da terceira geração ou dimensão, que correspondem, respectivamente, aos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade. Mas já se fala tranquilamente em direitos de quarta geração ou dimensão. E isso é natural, porque a essência do ser humano é evolutiva, uma vez que a personalidade de cada indivíduo é sempre, na duração de sua vida, algo incompleto e inacabado, uma realidade em contínua transformação. Toda pessoa é um ente em processo de vir-a-ser, que evolui não apenas no plano biológico, mas também no plano cultural. E é bem verdade que os da quinta e sexta geração poderão surgir e ser reconhecidos no futuro próximo, porque nós estamos vivendo apenas uma fase da evolução dos direitos fundamentais, uma evolução que já iniciou desde o século XVIII, com as Declarações de Direitos, até a data presente, mas que continua a seguir”. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, p. 559-560, 2008. A doutrina classifica como direitos de quarta geração aqueles decorrentes da democracia, da informação e do pluralismo e como direitos de quinta geração aqueles relativos à paz.

As características intrínsecas dos direitos humanos, o fato de não se fecharem num rol exaustivo, a necessidade permanente de impedir que as modificações ocorram de forma supressiva ou mitigatória, fazem com que haja, a partir da segunda década do século XX, uma profusão de tratados internacionais de direitos humanos. A definição de regras explícitas nesses tratados passa a exigir mecanismos de fiscalização e controle dos Estados contratantes, acerca do cumprimento dos acordos assinados. Tais mecanismos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos ou a Corte Européia de Direitos Humanos, além de outros Comitês criados por tratados específicos⁴, permitem que os Estados sejam responsabilizados por violação de direitos humanos, quando a devida responsabilização não ocorre a partir do esgotamento de seus recursos internos.

Nesse contexto, as decisões das Cortes e Comitês Internacionais de direitos humanos vêm adquirindo cada vez mais visibilidade. Ainda que essas decisões não vinculem os tribunais nacionais, as Cortes Constitucionais vêm, com cada vez mais frequência, adaptando seus julgados ou incorporando às suas próprias decisões a jurisprudência de órgãos internacionais.

Tanto que hoje, na teoria constitucional, é cada vez mais forte o princípio do cosmopolitismo. De acordo com o princípio do cosmopolitismo, os tratados internacionais e a sua interpretação pelas cortes e órgãos internacionais passam a ser fundamentos para a interpretação de normas constitucionais, para a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais, para a atribuição de maior peso argumentativo na defesa dos direitos fundamentais⁵.

Quando se cuida de direitos humanos em espécie, como são os direitos à privacidade e à intimidade, há de se ter em mente que tais direitos não

4 Os comitês são órgãos de tratados que avaliam a observância dos tratados de direitos humanos. Os principais instrumentos de acompanhamento dos comitês são as recomendações exaradas a partir da análise de relatórios encaminhados pelos Estados e os julgamentos de denúncias e comunicações referentes à violação de direitos humanos. As comunicações contra um Estado contratante da convenção, via de regra, é feita por outros Estados contratantes. Todavia, protocolos adicionais de cada tratado, cuja adesão é facultativa pelos Estados signatários, prevêem denúncia de violação de direitos humanos por parte de indivíduos ou grupos de indivíduos. O Brasil já aderiu aos Protocolos facultativos, de modo reconhecer o mecanismo de petições individuais contra violação de direitos humanos, do Comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, do Comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, do Comitê da Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, do Comitê da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Comitê previsto no Pacto de Direitos Civis e Políticos.

5 "Existe uma tendência crescente e positiva de invocação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Comparado na interpretação constitucional. Hoje, as ideias constitucionais 'migram'. Há uma positiva troca de experiências, conceitos e teorias entre as cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo. Esse é um lado bastante positivo da globalização. Além do Direito Constitucional ter de lidar cada vez mais com fenômenos transnacionais, o interesse e a facilidade de acesso ao que ocorre em outros sistemas jurídicos nacionais e internacionais aumentou muito. Com isso, ampliou-se a possibilidade real de integração não apenas econômica ou política entre os países e organizações internacionais, mas também 'discursiva': não só a normativa internacional, como também os argumentos empregados pelas cortes constitucionais e internacionais passam a ser cada vez mais considerados nas decisões adotadas na esfera interna em matéria constitucional". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 452,

têm uma definição definitiva e que não são absolutos, já que podem ser limitados pelos textos constitucionais e convencionais e pela ponderação com outros direitos igualmente fundamentais.

Privacidade não é a mesma coisa que intimidade. A Constituição da República, por exemplo, é expressa quando protege ambos, o direito à vida privada e à intimidade. A vida privada abrange as relações sociais mais próximas do indivíduo. Relações que são sociais, mas que não de todo públicas. Estão inseridas na privacidade as relações entre amigos, entre colegas de trabalho, entre grupos de estudo, ou seja, entre as pessoas com quem cada indivíduo convive rotineiramente. A intimidade, por sua vez, abrange as relações pessoais e familiares que o indivíduo deseja guardar para si, só devendo ser compartilhada com as pessoas que ele mesmo escolhe. O que ocorre dentro da casa de cada um representa aquilo o que há de mais íntimo.

Da proteção à privacidade, porquanto direcionada às relações sociais, decorre a inviolabilidade de dados e o sigilo fiscal e bancário. Da proteção à intimidade decorre o sigilo de comunicações (telefônicas, cartas, contatos via Internet) e a inviolabilidade do domicílio. Conforme o célebre discurso de Lorde Chatham no Parlamento britânico: “O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar⁶”

Ambos os direitos, à vida privada e à intimidade, implicam a garantia de estar recluso, entre um grupo de pessoas ou mesmo só, e o dever de que outros não divulguem aquilo que o indivíduo opta por não tornar público. Da privacidade à intimidade, aumenta-se a contenção para a interferência alheia, seja do Estado ou de particulares. A justificativa, legal ou argumentativa deve, conseqüentemente, ser muito mais forte na interferência da intimidade do que na interferência da vida privada.

Sobre as limitações expressas, a Convenção Européia de Direitos Humanos ressalva, da proteção da vida privada e familiar, as ingerências de autoridades públicas previstas em lei, necessárias para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem estar econômico do país, para a defesa da ordem e prevenção de infrações penais, para a proteção da saúde ou da moral e para a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros (Artigo 8). A Constituição da República admite que se penetre na casa do indivíduo em caso de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI). Permite, ainda, que ordem judicial emitida em investigação criminal ou instrução

6 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 236.

processual penal intercepte correspondência, comunicações telegráficas, de dados ou telefônicas (art. 5º, XII).

A par das limitações das constituições e convenções, o intérprete e aplicador do Direito constantemente afastam ou relativizam o direito à vida privada e intimidade, no exercício de ponderação para a construção da melhor norma e que melhor satisfaça o conjunto de direitos humanos no caso concreto⁷. Numa realidade marcada pela intensidade e velocidade na circulação de informações, pela vontade coletiva de se expor em redes sociais, pela busca da fama a qualquer preço, pelos atos de espionagem operados por agentes dos Estados em nome de uma suposta luta contra um mal desconhecido, o conflito entre a proteção da vida privada e intimidade com valores como a liberdade de imprensa, a liberdade de expressão, a segurança interna e nacional ou outros, é cada vez mais frequente e de solução cada vez mais complexa. Não há espaço para categorização de direitos, de modo a criar abstratamente uma lista de direitos mais importantes que outros. Não há respostas pré-definidas para o conflito de direitos humanos.

O sopesamento de princípios, todavia, jamais pode atingir o núcleo essencial do direito à vida privada e intimidade, uma vez que, caso o faça, estará atingindo a própria dignidade da pessoa humana, que está acima e que condiciona qualquer juízo de ponderação. Se a inviolabilidade da vida privada e da intimidade cede diante de outros direitos, a mitigação só pode ocorrer na tentativa de se resguardar direito circunstancialmente mais importante. Ademais, as restrições devem ser razoáveis, previstas em lei, que enumere expressamente as exceções e cuja interpretação também se dê de modo restritivo⁸.

7 “No confronto entre bens jurídicos constitucionais com peso abstrato diferente, há uma tendência de aquele tido como mais elevado prevalecer. Trata-se, porém, de uma prevalência *prima facie*, que pode ser eventualmente superada. Analisa-se, em seguida, o grau de restrição ao bem jurídico atingido pela medida, cotejando-o com o nível de realização do interesse constitucional contraposto (*peso concreto*). Uma restrição leve a um bem jurídico mais importante sob o prisma constitucional pode ser justificada pela realização, em grau mais elevado, de outro interesse não tão relevante. E uma limitação muito severa a um bem jurídico menos essencial pode não ser admissível, ainda que vise à promoção, em nível mais modesto, de outro tido como mais relevante”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. p. 519-520 (grifos do autor).

8 “No âmbito da controvérsia sobre o núcleo essencial suscitam-se indagações expressas em dois modelos básicos: 1) Os adeptos da chamada teoria absoluta (*absolute Theorie*) entendem o núcleo essencial dos direitos fundamentais (*Wesensgehalt*) como unidade substancial autônoma (*substantieller Wesenskern*) que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Essa concepção adota uma interpretação material segundo a qual existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Em outras palavras, haveria um espaço que seria suscetível de limitação por parte do legislador; outro seria insuscetível de limitação. Neste caso, além da exigência de justificação, imprescindível em qualquer hipótese, ter-se-ia um ‘limite do limite’ para a própria ação legislativa, consistente na identificação de um espaço insuscetível de regulação. 2) Os sectários da chamada teoria relativa (*relative Theorie*) entendem que o núcleo essencial há de ser definido para cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prüfung*), com base no princípio da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insuscetível de restrição ou redução com base nesse processo de ponderação. Segundo essa concepção, a proteção do núcleo essencial teria significado marcadamente declaratório”. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 243. (grifos do autor).

2 A PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA E DA INTIMIDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A proteção da intimidade e da vida privada no Direito brasileiro vem sendo associada ao direito de imagem e honra, ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas e à inviolabilidade do domicílio.

O direito à imagem é direito de personalidade cuja violação vem constantemente sendo tutelada pelos tribunais brasileiros, especialmente a partir de uso e divulgação de fotos e vídeos por veículos de comunicação, sem a devida autorização das pessoas expostas. Nesse tipo de tutela, fica evidente o conflito entre grupos de direitos humanos essenciais, que são a liberdade de expressão e informação e a proteção da intimidade e da vida privada.

Se é certo que figuras públicas e celebridades renunciam à parte de sua privacidade em troca de fama, poder ou dinheiro, não se pode admitir que jornais, revistas, televisão ou sites de Internet usem de sua liberdade de expressão para divulgar imagens íntimas dessas pessoas, de pouco ou nenhum conteúdo informativo. O Superior Tribunal de Justiça não admitiu Recurso Especial, mantendo julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de impedir programa de televisão de submeter atriz à exposição desnecessária, sem intuito jornalístico ou de informação, mas simplesmente de modo humorístico-jocosos⁹.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal deu maior peso à liberdade de expressão, no caso de não se exigir autorização prévia para publicação de biografias. Segundo doutrina civilista tradicional, as biografias não autorizadas seriam proibidas por violarem o direito à imagem e à privacidade do retratado. A Associação Nacional dos Editores de Livros ajuizou, perante o STF, ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI), com objetivo de que a Corte desse interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil, de modo a dispensar a necessidade de consentimento prévio para a publicação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais. O STF julgou procedente a ADI, reconhecendo que a exigência autorização prévia seria uma forma de censura, incompatível

9 AG 1012227/RJ, STJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 26/09/2008. A decisão monocrática inadmitiu recurso especial interposto em face do AI 200500219245, TJRJ, Rel. Des. Nagib Slaib Filho, cuja ementa se transcreve: "Direito Constitucional. Liberdade de expressão versus direito à intimidade. Atriz que manifesta sua vontade de não aparecer, nem participar de brincadeira, a seu ver vexatória, em programa humorístico. Exposição de sua vida íntima, afetando seu cotidiano, causando incômodo também a seu filho. Aplicação do princípio de proteção da observância do interesse da criança. Interesse mediato da criança em ter resguardada a sua honra e a liberdade de imagem e movimentação de sua mãe. 'O Ministério Público se debruça sobre a proteção dos intocáveis direitos legítimos dessa criança que tem de ser resguardados de quaisquer objetivos de uma expressão de humor abusivo, desrespeitoso e até grotesco, a agredir sua personalidade em formação' (parecer ministerial fls. 244/245, Procuradora de Justiça Dra. Elaine Costa da Silva. Provimento parcial do recurso".

com a liberdade de pensamento, de atividade intelectual, artística, literária, científica e cultural e o direito de acesso à informação¹⁰.

Noutro giro, se há fatos desenvolvidos no interior da privacidade ou mesmo da intimidade que possam ter uma repercussão pública, o direito à privacidade e intimidade não pode servir para albergar situações que fujam à razoabilidade¹¹ e adequabilidade. Por exemplo, a incoerência de um político homossexual na intimidade e que na esfera pública defenda o conceito restrito de família (vínculo entre homem e mulher), ou a incongruência com o ordenamento de não interferência no âmbito familiar nos casos de violência doméstica, justificam a divulgação de informações privadas de interesse público.

O sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas surge, num primeiro momento para proteger a privacidade e intimidade das comunicações pessoais, através de cartas, telegramas ou outros tipos de missivas. Hoje em dia, o sigilo de comunicações é importante garantia de privacidade e intimidade de contatos via Internet, por onde a troca de dados, imagens e mensagens é de uso frequente, comum e quase universal.

Ponderando o direito ao sigilo de correspondência e comunicações telegráficas, o Supremo Tribunal Federal permite a interceptação de cartas de presos, quando há fundadas suspeitas de prática de infração criminal ou de atos de subversão à ordem no interior de centro de custódia¹².

10 ADI 4815/DF, STF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 10/06/2015.

11 Alguns autores fazem a distinção entre razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Nesse sentido: "Algumas das variações da razoabilidade descritas acima correspondem a subprincípios da proporcionalidade, e outras podem ser identificadas com o princípio da igualdade. É possível, contudo, detectar dimensões autônomas desse princípio, que não são fungíveis ou intercambiáveis em relação à proporcionalidade ou a qualquer outro princípio constitucional. É o caso das quatro dimensões básicas que seguem". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. p. 492. Os autores apontam como as quatro dimensões básicas da razoabilidade a exigência de razões públicas para a conduta do Estado, a coerência, a congruência e a equidade.

12 HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVÂNCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRÁFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observância das regras inscritas no art. 381 do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Pecas xerográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder à interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus (HC 70.814/SP, STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/06/1994, p. 317).

No Brasil, a inviolabilidade de comunicações telefônicas tem as exceções previstas na Lei 9.296/96, que permite a interceptação em investigação criminal e instrução processual penal. Ainda assim, é possível que essa prova produzida em inquérito ou ação penal seja utilizada em outros processos, mesmo cíveis ou disciplinares¹³. A interceptação telefônica é matéria de reserva de jurisdição, de modo que somente o juiz criminal pode autorizar a quebra de sigilo telefônico¹⁴. Outros órgãos com competência e legitimidade para investigação, como CPI, polícia ou Ministério Público, não podem, sem a ordem de um juiz criminal, quebrar o sigilo telefônico.

Mesmo para investigação criminal ou instrução processual penal, a interceptação telefônica não é meio ordinário de investigação. A quebra de sigilo só pode ocorrer em casos em que não haja outros meios de prova¹⁵ disponíveis e para inquérito ou processo penal de crimes sujeitos à pena de

13 AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FRAUDE EM LICITAÇÕES. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E TELEMÁTICAS. PROVA EMPRESTADA PARA INSTRUÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO NO TRIBUNAL DE CONTAS. AUTORIZAÇÃO DO JUÍZO CRIMINAL. POSSIBILIDADE. LEGALIDADE DA DECISÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É cabível o uso excepcional de interceptação telefônica em processo administrativo disciplinar, mas desde que seja também observado no âmbito administrativo o devido processo legal, respeitados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, bem como haja expressa autorização do Juízo Criminal, responsável pela preservação do sigilo de tal prova, do seu envio à Administração. Precedentes. 2. Na espécie, o uso da prova produzida nos autos do procedimento criminal no processo administrativo perante a Corte de Contas foi devidamente autorizado, ressaltando-se, inclusive, a determinação judicial de restrição da publicidade, daí porque não há falar em ilegalidade do compartilhamento das provas. 3. A utilização da prova emprestada pelo Tribunal de Contas só será válida se o processo administrativo lá desenvolvido observar as garantias do devido processo legal. Assim, não há prejuízo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (AROMS 43.329/RS, STJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 21/10/2013).

14 COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - QUEBRA DE SIGILO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA - VALIDADE - EXISTÊNCIA SIMULTÂNEA DE PROCEDIMENTO PENAL EM CURSO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO LOCAL - CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE A INSTAURAÇÃO, SOBRE FATOS CONEXOS AO EVENTO DELITUOSO, DA PERTINENTE INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. A QUEBRA FUNDAMENTADA DO SIGILO INCLUI-SE NA ESFERA DE COMPETÊNCIA INVESTIGATÓRIA DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO. - A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária. Precedente: MS 23.452-RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Pleno). PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO E QUEBRA DE SIGILO POR DETERMINAÇÃO DA CPI. - O princípio constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) - não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. AUTONOMIA DA INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR. - O inquérito parlamentar, realizado por qualquer CPI, qualifica-se como procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria, circunstância esta que permite à Comissão legislativa - sempre respeitados os limites inerentes à competência material do Poder Legislativo e observados os fatos determinados que ditaram a sua constituição - promover a pertinente investigação, ainda que os atos investigatórios possam incidir, eventualmente, sobre aspectos referentes a acontecimentos sujeito s a inquéritos policiais ou a processos judiciais que guardem conexão com o evento principal objeto da apuração congressual. Doutrina (MS 23.639/DF, STF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16/02/2001, p. 91).

15 Art. 2º, II da Lei 9.296/96.

reclusão¹⁶. A Lei prevê que a decisão que ordenar a interceptação telefônica deve indicar o prazo da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo caso comprovada a indispensabilidade da prova¹⁷. Mas a jurisprudência admite, sem maiores divergências, que tal prazo seja elasticado não por uma, mas por sucessivas vezes, até que seja útil à investigação¹⁸.

A Lei determina que a gravação da comunicação telefônica interceptada seja transcrita¹⁹. Interpretando a norma, a jurisprudência reconhece que, estando o conteúdo integral da conversa à disposição da defesa, somente as gravações que interessem à investigação sejam transcritas, de modo a não provocar tumulto desnecessário nos autos²⁰.

16 Art. 2º, III da Lei 9.296/96.

17 Art. 5º da Lei 9.296/96.

18 HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA VOLTADA PARA A PRÁTICA DE CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS, ASSALTOS E TRÁFICO DE ARMAS. PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE EM 29.01.08, APÓS COLHEITA DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS POR MEIO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA JUDICIALMENTE DEVIDAMENTE E FUNDAMENTADA. PRORROGAÇÕES INDISPENSÁVEIS À CONTINUIDADE DAS INVESTIGAÇÕES. INOCORRÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO. FEITO COMPLEXO (33 RÉUS, 80 TESTEMUNHAS, NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA). PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. Ao que se tem dos autos, uma vez que não foi juntada cópia da denúncia ofertada contra o ora paciente, este é acusado de fazer parte de extensa quadrilha voltada para a prática de crimes, entre eles tráfico de drogas, assaltos e comércio de armas. 2. Estando devidamente fundamentada a decisão que deferiu a escuta telefônica, bem como a que determinou a sua prorrogação, por absoluta necessidade da investigação, dada a quantidade de envolvidos e a complexidade das suas atividades, não há qualquer nulidade a ser sanada em Habeas Corpus. 3. Nos termos da Lei 9.296/96, que regulamentou a escuta telefônica autorizada judicialmente, o prazo definido para a interceptação é de 15 dias, permitida a renovação por igual período; todavia, não há qualquer restrição legal ao número de vezes em que pode ocorrer essa renovação, desde que comprovada a sua necessidade. Precedentes do STJ. 4. Na hipótese, eventual demora para a conclusão da instrução criminal decorre da própria complexidade da causa, que conta com 33 denunciados e 80 testemunhas, havendo, ainda, a necessidade de expedição de cartas precatórias, bem como de realização de perícia. Assinalou o Tribunal a quo que o feito aguarda apenas a conclusão da perícia; dest'arte, levando-se em conta as peculiaridades do caso e inexistindo desídia ou inércia do digno Juízo processante, não se constata ofensa ao princípio da razoabilidade. 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada (HC 131.057/PB, STJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Mais Filho, DJe 03/08/2009).

19 Art. 6º, §1º da Lei 9.296/96.

20 DENÚNCIA CONTRA DEPUTADO FEDERAL POR CRIME DE CORRUPÇÃO ELEITORAL. ALEGAÇÃO DE CARÊNCIA DA TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS: AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE OS FATOS NARRADOS NA INICIAL E OS ELEMENTOS CONFIGURADORES DO TIPO DO ART. 299 DO CÓDIGO ELEITORAL: DENÚNCIA REJEITADA. 1. O Supremo Tribunal Federal afasta a necessidade de transcrição integral dos diálogos gravados durante quebra de sigilo telefônico, rejeitando alegação de cerceamento de defesa pela não transcrição de partes da interceptação irrelevantes para o embasamento da denúncia. Precedentes. 2. Juntada aos autos, no que interessa ao embasamento da denúncia, da transcrição das conversas telefônicas interceptadas; menção na denúncia aos trechos que motivariam a imputação dos fatos ao Denunciado. 3. Ausência de subsunção dos fatos narrados na inicial ao tipo do art. 299 do Código Eleitoral. Carência na denúncia dos elementos do tipo penal imputado o Denunciado. Rejeição da denúncia. 4. Denúncia rejeitada por atipicidade dos fatos descritos. Improcedência da ação penal (art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal) (Inq. 3.693/PA, STF, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 30/10/2014).

O sigilo de dados protegido constitucional e convencionalmente pode ser flexibilizado nos termos da Lei Complementar 105/01, que cuida da abertura da privacidade das operações de instituições financeiras. De acordo com a LC 105/01, não constitui a violação de sigilo a troca de informações entre instituições financeiras para fins cadastrais²¹, o fornecimento de dados de devedores inadimplentes a entidades de proteção ao crédito regulamentadas²², a comunicação a autoridades competentes da prática de ilícitos penais e administrativos²³, o encaminhamento de informações e documentos à Advocacia-Geral da União para instruir as ações em que a União seja parte²⁴, as informações sobre operações financeiras à administração tributária²⁵.

Ao contrário da quebra de sigilo de comunicações telefônicas, que só pode ser determinada por requisição judicial, observa-se o tamanho muito maior de flexibilização do segredo de dados, operada pela lei complementar. A LC 105/01 permite, sem necessidade de autorização judicial, a troca de dados entre órgãos como a Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil, a Advocacia-Geral da União, a Receita Federal do Brasil. A privacidade, nesses casos, tem cedido espaço para o interesse público de investigações penais, administrativas e fiscais.

Como é norma que relativiza o direito humano e fundamental à vida privada, os Tribunais dão interpretação restritiva à lei complementar, de modo que a requisição das informações pelo Ministério Público ou a solicitação de dados pela autoridade policial no exercício de suas investigações depende de intervenção do Poder Judiciário.

Ante a interpretação restritiva dos tribunais, visando a fazer frente ao aumento, incremento e refinamento de crimes de lavagem de capitais e organizações criminosas, as Leis 12.863/12 (art. 17-B) e 12.850/13 (art. 15) permitem o acesso de autoridade policial e Ministério Público, independente de autorização do Poder Judiciário, aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de Internet e administradoras de cartão de crédito. Mais uma vez, cabe registrar que, cuidando de restrição à privacidade, a lei deve ser interpretada restritivamente, de modo que a dispensa de autorização judicial só é possível para se determinar a qualificação pessoal,

21 Art. 1º, §3º, I da LC 105/01.

22 Art. 1º, §3º, II da LC 105/01.

23 Art. 1º, §3º, IV da LC 105/01.

24 Art. 3º, §3º, I da LC 105/01.

25 Art. 5º da LC 105/01.

a filiação ou endereço de indiciado ou réu e para inquérito ou ação penal relativos aos crimes de lavagem de capitais ou organizações criminosas.

A própria Constituição da República permite que a pessoa tem o dever de ceder parte da intimidade da sua casa às autoridades públicas, no caso de determinação judicial. Por violar a intimidade, o mandado judicial depende da existência de processo administrativo ou judicial ativo, deve decorrer de ordem escrita, a diligência deve ser necessária para a produção de provas, o mandado deve ser fundamentado e detalhadamente descritivo, contendo aquilo que deve ser apreendido e o local específico onde deve ser buscado.

A jurisprudência dos tribunais superiores constantemente declara ilícitas provas produzidas por mau cumprimento de mandados judiciais, seja pela apreensão de bens que não constavam da ordem e cuja posse ou porte não constitua delitos autônomos, seja pela busca realizada em local diverso do previsto na ordem, ainda que em mesmo endereço²⁶.

A jurisprudência tem dado interpretação extensiva ao termo casa, como espaço básico para o exercício da intimidade. Nesse contexto, os tribunais exigem o respeito à intimidade em quartos de hotel, em locais de trabalho não abertos ao público, em escritórios de advocacia. Para os escritórios de advocacia, o cumprimento do mandado de busca e apreensão deve ser acompanhado por representante indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil. Somente deve ser coletado o bem determinado na ordem, salvo se forem encontrados bens cuja posse ou porte configure ilícito penal ou incorporem o corpo de delito, devendo ser preservado o sigilo da relação entre cliente e advogado. Não obstante as restrições, o Supremo Tribunal Federal já admitiu provas constituídas a partir de captação ambiental realizada por instrumentos de interceptação instalados em escritório de advocacia durante a noite²⁷. Por representar inquestionável

26 Habeas corpus. 2. Inviolabilidade de domicílio (art. 5º, IX, CF). Busca e apreensão em estabelecimento empresarial. Estabelecimentos empresariais estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido. 3. Não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento. 4. Mandado de busca e apreensão perfeitamente delimitado. Diligência estendida para endereço ulterior sem nova autorização judicial. Ilícitude do resultado da diligência. 5. Ordem concedida, para determinar a inutilização das provas (HC 106.566/SP, STF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 19/03/2015). No caso deste HC, o mandado previa busca em endereço profissional situado no 28º andar, mas a apreensão foi realizada no 3º andar.

27 1. COMPETÊNCIA. Criminal. Originária. Inquérito pendente no STF. Desmembramento. Não ocorrência. Mera remessa de cópia, a requerimento do MP, a juízo competente para apuração de fatos diversos, respeitantes a pessoas sem prerrogativa de foro especial. Inexistência de ações penais em curso e de conseqüente conexão. Questão de ordem resolvida nesse sentido. Preliminar repelida. Agravo regimental improvido. Voto vencido. Não se caracteriza desmembramento ilegal de ação penal, a mera remessa de cópia de inquérito, a requerimento do representante do Ministério Público, a outro juízo, competente para apurar fatos diversos, respeitantes a pessoas sujeitas a seu foro. 2. COMPETÊNCIA. Criminal. Ação penal. Magistrado de Tribunal Federal Regional. Condição de co-réu. Conexão da acusação com fatos imputados a Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Pretensão de ser julgado perante este. Inadmissibilidade. Prerrogativa de foro. Irrenunciabilidade. Ofensa às garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Inexistência. Feito da competência do Supremo. Precedentes. Preliminar rejeitada. Aplicação da súmula 704. Não viola as garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal, a atração, por conexão ou continência, do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de

e grave violação à vida privada e intimidade, a análise da proporcionalidade da medida exige um ônus argumentativo muito maior das cortes que admitem medidas restritivas desse tipo.

um dos denunciados, a qual é irrenunciável. 3. COMPETÊNCIA. Criminal. Inquéritos. Reunião perante o Supremo Tribunal Federal. Avocação. Inadmissibilidade. Conexão inexistente. Medida, ademais, facultativa. Número excessivo de acusados. Ausência de prejuízo à defesa. Preliminar repelida. Precedentes. Inteligência dos arts. 69, 76, 77 e 80 do CPP. Não quadra evocar inquérito policial, quando não haja conexão entre os fatos, nem conveniência de reunião de procedimentos ante o número excessivo de suspeitos ou investigados. 4. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Necessidade demonstrada nas sucessivas decisões. Fundamentação bastante. Situação fática excepcional, insuscetível de apuração plena por outros meios. Subsidiariedade caracterizada. Preliminares rejeitadas. Aplicação dos arts. 5º, XII, e 93, IX, da CF, e arts. 2º, 4º, § 2º, e 5º, da Lei nº 9.296/96. Voto vencido. É lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso. 5. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas. Admissibilidade. Fatos complexos e graves. Necessidade de investigação diferenciada e contínua. Motivações diversas. Ofensa ao art. 5º, caput, da Lei nº 9.296/96. Não ocorrência. Preliminar rejeitada. Voto vencido. É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua. 6. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas pelo Ministro Relator, também durante o recesso forense. Admissibilidade. Competência subsistente do Relator. Preliminar repelida. Voto vencido. O Ministro Relator de inquérito policial, objeto de supervisão do Supremo Tribunal Federal, tem competência para determinar, durante as férias e recesso forenses, realização de diligências e provas que dependam de decisão judicial, inclusive interceptação de conversação telefônica. 7. PROVA. Criminal. Escuta ambiental. Captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. Meio probatório legalmente admitido. Fatos que configurariam crimes praticados por quadrilha ou bando ou organização criminosa. Autorização judicial circunstanciada. Previsão normativa expressa do procedimento. Preliminar repelida. Inteligência dos arts. 1º e 2º, IV, da Lei nº 9.034/95, com a redação da Lei nº 10.217/95. Para fins de persecução criminal de ilícitos praticados por quadrilha, bando, organização ou associação criminosa de qualquer tipo, são permitidos a captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, bem como seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. 8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão. 9. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Transcrição da totalidade das gravações. Desnecessidade. Gravações diárias e ininterruptas de diversos terminais durante período de 7 (sete) meses. Conteúdo sonoro armazenado em 2 (dois) DVDs e 1 (hum) HD, com mais de quinhentos mil arquivos. Impossibilidade material e inutilidade prática de reprodução gráfica. Suficiência da transcrição literal e integral das gravações em que se apoiou a denúncia. Acesso garantido às defesas também mediante meio magnético, com reabertura de prazo. Cerceamento de defesa não ocorrente. Preliminar repelida. Interpretação do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96. Precedentes. Votos vencidos. O disposto no art. 6º, § 1º, da Lei federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, só comporta a interpretação sensata de que, salvo para fim ulterior, só é exigível, na formalização da prova de interceptação telefônica, a transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer sobre os fatos da causa sub iudice. 10. PROVA. Criminal. Perícia. Documentos e objetos apreendidos. Laudos ainda em processo de elaboração. Juntada imediata antes do recebimento da denúncia. Inadmissibilidade. Prova não concluída nem usada pelo representante do Ministério Público na denúncia. Falta de interesse processual. Cerceamento de defesa inconcebível. Preliminar rejeitada. Não pode caracterizar cerceamento de defesa prévia contra a denúncia, a falta de laudo pericial em processo de elaboração e no qual não se baseou nem poderia ter-se baseado o representante do Ministério Público. 11. AÇÃO PENAL. Denúncia. Exposição clara e objetiva dos fatos. Acusações específicas baseadas nos elementos retóricos coligidos no inquérito policial. Possibilidade de plena defesa. Justa causa presente. Aptidão formal. Observância do disposto no art. 41 do CPP. Recebimento, exceto em relação ao crime previsto no art. 288 do CP, quanto a um dos denunciados. Votos vencidos. Deve ser recebida a denúncia que, baseada em elementos de prova, contém exposição clara e objetiva dos fatos delituosos e que, como tal, possibilita plena e ampla defesa aos acusados. 12. MAGISTRADO. Ação penal. Denúncia. Recebimento. Infrações penais graves. Afastamento do exercício da função jurisdicional. Aplicação do art. 29 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN (Lei Complementar nº 35/79). Medida aconselhável de resguardo ao prestígio do cargo e à própria respeitabilidade do juiz. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF. Não ocorrência. Não viola a garantia constitucional da chamada presunção de inocência, o afastamento do cargo de magistrado contra o qual é recebida denúncia ou queixa (Inq 2.424/RJ, STF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJE 26/03/2010).

3 A PROTEÇÃO DA VIDA PRIVADA E DA INTIMIDADE NA CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Europeia de Direitos Humanos não tem uma definição do que seja vida privada. Sem estabelecer uma delimitação precisa sobre vida privada, a Corte considera, dentro do âmbito de garantias, o direito de se escolher viver protegido da publicidade, a proibição de divulgação de informações pessoais, a proteção do direito de imagem, o direito à integridade física e psicológica, o direito de desenvolvimento pessoal e afirmação da identidade.

O direito ao respeito pela vida privada e familiar está previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, no Artigo 8, nos seguintes termos:

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

N. A. Moreham identifica, na jurisprudência produzida pela Corte Europeia de Direitos Humanos acerca do Artigo 8, cinco sub-categorias do direito à vida privada: 1) direito à integridade física e psicológica; 2) proibição de acesso indesejado; 3) proibição de poluição ambiental grave; 4) direito de ser livre para desenvolver identidade; 5) direito de viver a vida conforme escolha²⁸. A exposição das sub-categorias e a pluralidade de situações que cada uma delas tutela atestam a grande abrangência dada pela Corte de Estrasburgo ao direito à vida privada, muito mais extensiva que a dada pela doutrina e jurisprudência brasileiras na interpretação do art. 5º, X da Constituição da República.

O direito à integridade física protege a pessoa de agressões físicas e sexuais, proíbe a tortura, o tratamento desumano e degradante, as intervenções médicas sem a devida autorização. A integridade psicológica se

²⁸ MOREHAN N.A. The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-examination. In: *European Human Rights: Law Review*. London: Sweet & Maxwell, 2008. p. 44-79. Os julgados da Corte Europeia de Direitos Humanos citados neste artigo foram compilados pelo trabalho citado nesta nota.

relaciona também com a segunda sub-categoria de proteção do direito à vida privada, quando propõe sancionar a observação indesejada, a divulgação clandestina de imagens e a intrusão de agentes do Estado ou de particulares na casa ou no local de trabalho.

A Corte Europeia de Direitos Humanos já decidiu que houve violação da vida privada a observação e a gravação indesejadas em espaços particulares, ainda que se tratasse de pessoa pública. Ficou reconhecido que a Alemanha não reparou devidamente a princesa Caroline de Mônaco, que teve fotos divulgadas em sua intimidade e em situações que não traziam nenhuma contribuição para “um debate de interesse geral”²⁹.

Por outro lado, também houve declaração de violação da vida privada a observação e a gravação indesejadas em espaços públicos. Ficou reconhecida a invasão de privacidade no caso de exposição de imagens de preso em sua cela, porquanto a exposição não foi voluntária do atingido, que apesar de ter cerceado o direito de liberdade ante o cumprimento da pena, não renunciou ao seu direito de intimidade e vida privada³⁰.

Para os padrões brasileiros, é de se estranhar que Corte Europeia de Direitos Humanos inclua poluição ambiental como aspecto de proteção da vida privada. Todavia, a Corte declarou que a poluição ambiental grave pode afetar o bem-estar das pessoas, bem como pode impedi-las de desfrutar de sua vida privada e intimidade, ainda que não cause perigos sérios às suas saúdes físicas. Nesse contexto, a Espanha foi condenada por não impedir que indústria emitisse gases tóxicos³¹ e por não controlar a poluição sonora de bares em áreas residenciais³².

Quanto à quarta sub-categoria do direito à vida privada, a que envolve o direito de conhecer e a liberdade para desenvolver a sua identidade, há jurisprudência no sentido de defesa de etnias minoritárias, direito ao registro de nome que efetivamente represente o estado da pessoa assim como ela se sente e o direito de todos de conhecer a sua própria origem e a verdade sobre a sua filiação.

Nessas perspectivas, a Corte de Estrasburgo condenou o Reino Unido por impedir que caravanas de ciganos ficassem estacionadas em terras situadas no chamado Cinturão Verde inglês, ainda que sob a alegação legítima de proteção ambiental da área. Prevaleceu o direito de ocupação temporária e de proteção étnica e cultural da caravana cigana frente à

29 Von Hannover v. Germany. Application n. 59320/00. Julgamento de 24/06/2004.

30 PG and JH v. United Kingdom. Application n. 44787/98. Julgamento 25/09/2001.

31 López Ostra v Spain. Application n. 16798/90. Julgamento em 09/12/1994.

32 Moreno Gómez v Spain. Application n. 4143/02. Julgamento em 16/11/2004.

preservação ambiental, mesmo que direito ao meio ambiente sadio também seja legítimo³³.

Sobre o direito ao nome, a Alemanha foi condenada a alterar registros de nascimento de transexuais após cirurgia de mudança de sexo, ao fundamento de que a discordância da posição pessoal assumida pelo transexual perante a sociedade e o estado civil imposto pela legislação pode lhe causar estresse, vulnerabilidade e humilhação³⁴. Ainda em relação ao nome, lei turca foi considerada discriminatória, por permitir que somente os homens pudessem manter o sobrenome de solteiro após casados, sem estender a permissão às mulheres, obrigadas a adotar o sobrenome do marido³⁵.

Em relação ao direito à informação sobre a identidade dos pais, foi afirmada a obrigação positiva do Estado de resolver de forma eficiente e precisa os processos de investigação de paternidade. Tais processos devem se dar em tempo hábil, baseados em provas peremptórias e não em presunções, uma vez que tais registros públicos se referem a aspectos essenciais da infância, desenvolvimento e história do indivíduo³⁶.

Por fim, a autonomia pessoal também seria sub-categoria do direito à vida privada e familiar, decorrente diretamente do Artigo 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. O indivíduo tem direito de desenvolver plenamente as suas escolhas e relações, pessoais, familiares e sexuais. Tem, ainda, o direito de ter controle sobre a sua própria saúde, podendo, inclusive, optar ou recusar tratamentos médicos.

Para a Corte Europeia de Direitos Humanos, a orientação sexual representa o aspecto mais íntimo da vida privada. Logo, qualquer interferência do Estado nesse sentido depende de sérias razões e justificativas, que devem ficar expressas na motivação do ato estatal.

O Estado viola o direito à vida privada se adota posturas discriminatórias e desproporcionais centradas na orientação sexual do indivíduo. O Reino Unido foi condenado por realizar investigações intrusivas sobre a orientação sexual de seus militares, com o objetivo de efetuar expulsões das Forças Armadas, baseadas exclusivamente no critério de orientação sexual³⁷.

A autodeterminação médica, também inserida na vida privada, compreende o acesso a procedimentos médicos cientificamente e tecnologicamente já disponíveis e oferecidos, a necessidade de plena

33 Chapman v. The United Kingdom. Application n. 27238/95. Julgamento em 18/01/2001.

34 Van Kück v. Germany. Application n. 35968/97. Julgamento em 12/06/2003.

35 Ünal Tekeli v. Turkey. Application n. 29865/96. Julgamento em 16/11/2004.

36 Mikulić v. Croatia. Application n. 53176/99. Julgamento em 07/02/2002.

37 Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom. Applications nos. 31417/96 e 32377/96. Julgamento em 27/09/1999.

informação sobre exposição a riscos à saúde e a proibição de submeter a pessoa a procedimentos médicos forçados. A Corte condenou o Reino Unido por não fornecer todas as informações a ex-militares relativas aos riscos a que estavam expostos durante testes químicos e nucleares³⁸.

4 CONCLUSÃO

O direito à vida privada e familiar e o direito à intimidade são consagrados nos principais tratados internacionais de direitos humanos, bem como nas constituições de diversos Estados como direito fundamental. Pela relevância do direito e pelas freqüentes interferências a que está submetido, seja por particulares ou por agentes estatais, o direito à vida privada é objeto constante de julgados de cortes internacionais e, no Brasil, dos tribunais superiores (STF e STJ).

Analisando-se os textos da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Artigo 8) e da Constituição da República (art. 5º, X), é possível notar como o direito à vida privada é interpretado de maneira muito mais extensiva na Corte Europeia de Direitos Humanos, com aspectos como o direito à integridade física e psicológica, a proibição de acesso indesejado, a proibição de poluição ambiental grave, o direito da pessoa de ser livre para desenvolver a sua identidade e o de viver a vida conforme a sua escolha.

No Brasil, a jurisprudência em torno do direito à vida privada está mais apegada à reparação cível no caso de dano à imagem e à honra ou o controle sobre a licitude de provas na investigação e processo penais, restringindo a proteção aos casos de violação de sigilo de comunicações e de dados ou de violação da casa ou domicílio.

Mantendo-se a linha da análise comparativa, verifica-se que os sistemas jurídicos dos quarenta e sete Estados contratantes da Convenção Europeia de Direitos Humanos estão muito mais abertos aos julgados das Cortes Internacionais, especialmente da Corte Europeia de Direitos Humanos. Os Estados contratantes passam a considerar direitos, a rever decisões judiciais e decisões administrativas e a reavaliar o uso da proporcionalidade nas ações de restrição aos direitos a partir da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Outrossim, a Corte de Estrasburgo passa a ter influência primordial na definição de direitos fundamentais nos Estados da Europa, o que leva à estabilidade e à consolidação de padrões em tema de direitos fundamentais no continente.

Some-se à importância crescente da Corte Européia dos Direitos Humanos, além de todas as peculiaridades do Direito Comunitário que

38 *McGinley and Edan v. The United Kingdom*. Application nos. 21825/93 e 23414/94. Julgamento em 09/06/1998.

permitem maior integração entre os países, inclusive a integração jurídica, o próprio acesso ao Tribunal internacional. Enquanto que no Brasil o acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos depende de petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que a encampa e a encaminha, a Corte Europeia permite o acesso imediato de petições individuais.

O acesso pessoal a Corte Europeia de Direitos Humanos é tão aberto e inclusivo que acabou por acarretar um problema ao tribunal, tão familiar ao Poder Judiciário brasileiro: o número exagerado de petições individuais e de processos e a falta de estrutura para julgamento do elevado número de casos.

O aumento do número nos processos pendentes deu origem ao Protocolo 14 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, que prevê a análise de admissibilidade restritiva pelo juiz singular da Corte de Estrasburgo. A doutrina europeia, ainda, divulga outras formas de instrumentos processuais capazes de otimizar o direito de petição individual e manter a credibilidade da Corte frente ao aumento excessivo de número de processos pendentes.

Michael O'Boyle, secretário da Corte Europeia de Direitos Humanos, propõe a criação de mecanismos internos pelos Estados contratantes, para verificar a compatibilidade dos projetos de lei com a Convenção Europeia de Direitos Humanos ou de atos administrativos com jurisprudência do tribunal. O autor propõe ainda a efetivação de medidas que implementem os acórdãos da Corte Europeia de Direitos Humanos a fim de evitar casos repetitivos³⁹.

As sugestões passam até mesmo pela criação de mecanismos internos de controle de petições individuais, a reforma no Estatuto da Corte, de modo a permitir a alteração de questões processuais independentemente de alteração da Convenção (que exige a formalização de protocolos entre os quarenta e sete Estados contratantes) ou a forma de escolha dos juízes.

Atualmente, os juízes são escolhidos pelo Parlamento Europeu, com base em listas apresentadas pelos Estados contratantes e entrevistados pela Comissão Europeia. O processo de escolha é deveras complexo, ante a dificuldade para que os quarenta e sete Estados contratantes apresentem listas temporaneamente ou para que apresente uma lista de candidatos que o Parlamento Europeu ou Comissão Europeia considerem qualificados.

No Brasil, somos da impressão que a interferência das Cortes internacionais é ainda muito restrita. Não há a propagação da tendência de internacionalização das respostas a violações de direitos humanos, como se verifica na Europa. Além do mais, a jurisprudência dos Tribunais internacionais fica restrita a fundamentação obter dictum de poucos julgados, especialmente em matéria de Direito Civil ou Processual Penal, tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça.

39 O'BOYLE, Michael. On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights. In: *European Human Rights: Law Review*. London: Sweet & Maxwell, 2008. p. 01-11.

A própria relação entre as cortes nacionais e internacionais apresenta traços diferentes. A Corte Constitucional alemã, por exemplo, decidiu que, embora as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos não sejam vinculantes para os tribunais internos, os julgados internacionais devem ser levados em consideração, sob pena de o Poder Judiciário alemão violar os direitos fundamentais e o princípio do Estado de Direito⁴⁰.

No Brasil, os tribunais superiores (STF e STJ) não enxergam nenhuma vinculação ao que decide a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tanto que André de Carvalho Ramos aponta que há uma dupla garantia ou duplo controle de direitos humanos no país, representado pelo controle de constitucionalidade, realizado pelo Poder Judiciário, e, concomitante e separadamente, pelo controle de convencionalidade, realizado por órgãos de direitos humanos internacionais⁴¹.

Todavia, ao que parece, a Corte Constitucional brasileira julga de modo a restringir e limitar o controle de convencionalidade. No caso Gomes Lund, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou o Brasil responsável por violar os direitos ao reconhecimento à personalidade jurídica, à vida, à integridade física, à liberdade pessoal, às garantias judiciais, bem como os direitos de liberdade de expressão e direito à verdade. As violações remontam ao desaparecimento forçado de guerrilheiros que lutaram contra a ditadura militar, durante o início da década de 1970. A Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que a Lei de Anistia brasileira (Lei 6.683/79) é incompatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. No STF, o precedente da ADPF 153/DF, contrário à revisão da Lei da Anistia, não obstante o julgado na Corte Interamericana, ainda não foi superado⁴².

40 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. p. 456.

41 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

42 LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção,

pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de “crime político” pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos “os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política”; podem ser de “qualquer natureza”, mas [] não de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [] não de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [] relacionados com os crimes políticos ou [] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sancionado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão sui generis, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que “se procurou”, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (Massnahmegesetze), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição concluída de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, “se procurou” [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição concluída de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicação do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que “[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos” praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode visar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura (ADPF 153/DF, Rel Min, Eros Grau, DJe 06/08/2010).

REFERÊNCIAS

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREHAN N.A. The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-examination. In: *European Human Rights: Law Review*. London: Sweet & Maxwell, 2008.

O'BOYLE, Michael. On Reforming the Operation of the European Court of Human Rights. In: *European Human Rights: Law Review*. London: Sweet & Maxwell, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2015.

